HOUSE OF COMMONS
CANADA

A Plan to Modernize Canada's Competition Regime

Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology

Walt Lastewka, M.P.
Chair

April 2002

The Speaker of the House hereby grants permission to reproduce this document, in whole or in part for use in schools and for other purposes such as private study, research, criticism, review or newspaper summary. Any commercial or other use or reproduction of this publication requires the express prior written authorization of the Speaker of the House of Commons.

If this document contains excerpts or the full text of briefs presented to the Committee, permission to reproduce these briefs, in whole or in part, must be obtained from their authors.

Also available on the Parliamentary Internet Parlementaire: http://www.parl.gc.ca

Available from Public Works and Government Services Canada — Publishing, Ottawa, Canada K1A 0S9

A Plan to Modernize Canada's Competition Regime

Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology

Walt Lastewka, M.P.
Chair

April 2002

STANDING COMMITTEE ON INDUSTRY, SCIENCE AND TECHNOLOGY

CHAIR

Walt Lastewka, M.P.	St. Catharines, Ontario

VICE-CHAIRS

Dan McTeague, M.P.	Pickering—Ajax—Uxbridge, Ontario
Charlie Penson , M.P.	Peace River, Alberta

MEMBERS

Larry Bagnell, M.P.	Yukon, Yukon
Stéphane Bergeron, M.P.	Verchères—Les-Patriotes, Québec
Scott Brison, M.P.	Kings—Hants, Nova Scotia
Bev Desjarlais, M.P.	Churchill, Manitoba
Jocelyne Girard-Bujold, M.P.	Jonquière, Québec
Serge Marcil, M.P.	Beauharnois—Salaberry, Québec
James Rajotte, M.P.	Edmonton Southwest, Alberta
Andy Savoy, M.P.	Tobique—Mactaquac, New Brunswick
Brent St. Denis, M.P.	Algoma—Manitoulin, Ontario
Paddy Torsney, M.P.	Burlington, Ontario
Joseph Volpe, M.P.	Eglinton—Lawrence, Ontario
Susan Whelan, M.P.	Essex, Ontario

CLERK OF THE COMMITTEE

Normand Radford

FROM THE RESEARCH BRANCH OF THE LIBRARY OF PARLIAMENT

Daniel Shaw, Researcher
Geoffrey Kieley, Researcher

THE STANDING COMMITTEE ON INDUSTRY, SCIENCE AND TECHNOLOGY

has the honour to present its

EIGHTH REPORT

Pursuant to Standing Order 108(2), the Committee proceeded to a study of Canada's competition policy and framework, including the *Competition Act*. After hearing evidence, the Committee agreed to report to the House as follows:

TABLE OF CONTENTS

CHAIR'S FOREWORD ix

PREFACE xi

LIST OF RECOMMENDATIONS xv

INTRODUCTION 1

CHAPTER 1: CANADA'S COMPETITION REGIME IN CONTEXT 7

- Competition and Competition Policy Interplay 7
- An Optimized Competition Framework 8
- Framework Legislation and Special Provisions 12

CHAPTER 2: COMPETITION LAW ENFORCEMENT 17

- The State of Competition 17
- The Enforcement Record 18
- Jurisprudence and Enforcement Guidelines 24
- "Time is of the Essence" Enforcement Tools 26
- Commissioner Independence and Accountability 30
- Private Rights of Action 32
- Competition Bureau Resources 34
- Deterrence: Crimes, Fines and Jail 34

CHAPTER 3: COMPETITION TRIBUNAL 37

- Tribunal Organization and Composition 37
- Timeliness 39
- Procedural Fairness 41
- Case Management 43
- Balancing the Incentives: Damages, Court Costs and Fines 46
- Jurisprudence — Bringing Cases 50
- Tribunal Resources 52
- The *Competition Tribunal Act* 52
- Automatic Right of Appeal 53

CHAPTER 4: CONSPIRACIES AND OTHER HORIZONTAL AGREEMENTS 55

- The Organizational Continuum 55
- History of the Legal Treatment of Conspiracies 57

The Enforceability of Section 45 59
The Two-Track Proposal: Criminal and Civil 60
The Criminal Track 62
The Civil Track 63
Strategic Alliances and a Pre-Clearance Process 66
CHAPTER 5: THE ANTICOMPETITIVE PRICING PROVISIONS 69
Predatory Pricing 69
Price Maintenance 73
Price Discrimination 77
CHAPTER 6: ABUSE OF DOMINANCE 81
Substantive Elements 81
Anticompetitive Pricing Practices: The Civil Approach 84
CHAPTER 7: MERGER REVIEW 89
Merger Review Process 89
Merger Review Workload and Service Standards 91
Merger Enforcement Record 94
Review Thresholds 97
Mergers and Efficiencies 99
CHAPTER 8: REFUSAL TO DEAL 103
CONCLUSION 109
APPENDIX A — WITNESSES 113
REQUEST FOR GOVERNMENT RESPONSE 115
SUPPLEMENTARY AND DISSENTING OPINIONS
Canadian Alliance 117
New Democratic Party 121
MINUTES OF PROCEEDINGS 125

CHAIR'S FOREWORD

In June 2000, the House of Commons Standing Committee on Industry, as the current Committee was then known, produced an *Interim Report on the Competition Act*. This report followed an independent review of the anticompetitive pricing provisions of the *Competition Act* and the Competition Bureau's enforcement record, as was requested by the Bureau at the insistence of The Honourable John Manley, Minister of Industry. Professors J. Anthony VanDuzer and Gilles Paquet, both of the University of Ottawa, conducted this in-depth study dealing with predatory pricing, price discrimination and price maintenance. Their work, entitled *Anticompetitive Pricing Practices and the Competition Act: Theory, Law and Practice*, and subsequently known as the VanDuzer Report, was completed and presented to the Committee in October 1999.

After receiving this report and while the Committee was conducting its hearings process, the Bureau engaged the Public Policy Forum (PPF) — a non-profit, non-partisan organization dedicated to improving the quality of government in Canada — to consult the Canadian public widely on changes to the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act*. The changes contemplated in its consultations were those proposed in four Private Member's bills: Bill C-402, Bill C-438, Bill C-471 and Bill C-472. Two of these bills covered much the same policy ground as the Committee's study. Because the Committee did not want to prejudice this consultative process, it decided not to provide an opinion on any of the specifics of these bills and to make its report an interim one. The Committee would weigh in on these matters only after these consultations were complete and a report issued.

In December 2000, the PPF published its report, entitled *Amendments to the Competition Act and the Competition Tribunal Act: A Report on Consultations*, which summarized both the written submissions it had received and the discussions at the roundtables it had held. The Government of Canada then decided to wrap some of the contents of the four Private Member's bills into a government bill. The government chose the parts where a consensus could be obtained, including selected inputs from both this Committee's *Interim Report* and the PPF's report. All these efforts culminated in Bill C-23: *An Act to Amend the Competition Act and the Competition Tribunal Act*, which was assigned to this Committee for study after First Reading in the House of Commons. This course of action, rather than the traditional procedure of assigning the bill to a parliamentary committee only after Second Reading, permitted a more thorough review of the bill and the Acts that it sought to modify. This procedural route also allowed the Committee to study more deeply the changes contemplated and, if necessary, to recommend additional changes.

The bill dealt with four issues: (1) creating a new offence for "deceptive prize notices," including "scratch and win cards"; (2) facilitating cooperation with foreign competition authorities for the enforcement of civil competition and fair trade practices laws; (3) streamlining the administrative processes of the Competition Tribunal by

providing for cost awards, summary dispositions and references; and (4) broadening the scope under which the Tribunal may issue temporary orders. After extensive consultation with competition law experts and selected business interests, the Committee subsequently amended the bill in two important ways. The bill, if it receives Royal Assent as amended, will permit private parties to have access to the Tribunal for resolving disputes on a limited number of business practices that are considered civilly reviewable by the Acts. The Tribunal will also now be able to impose an administrative penalty of as much as $15 million if an air carrier is found guilty of abuse of dominance (sections 78 and 79 of the *Competition Act*, which would include acts of predatory behaviour).

The Committee believes that Bill C-23 amendments to the two competition Acts provide a good start, but more amendments are needed to address contemporary antitrust concerns. In some cases, the *Competition Act* captures too many business practices, which leads to a "chilling effect" on perfectly legitimate, pro-competitive behaviour on the part of Canada's most productive firms. At the same time, and in other cases, both competition Acts fail to capture and properly address many business practices that at least appear to be anticompetitive and may even constitute egregious anti-social behaviour. Therefore, more change is necessary, and the Committee agrees with the government's multi-stage approach to reform. Looking beyond the immediate horizon, the Committee undertook four roundtables that included more than 20 eminent competition law experts, as well as formal and informal meetings with the Bureau and members of the Tribunal, respectively, to suggest options and a timetable for reform.

Although interesting and varied opinions exist among competition policy experts on a number of business practices and their current legal status, as well as the way in which they should be reviewed and pursued by the Bureau and Tribunal, these views were not so diverse as to prevent a consensus. The Committee believes this consensus is captured in this report. However, the first-time reader of this Committee's reports is encouraged to read our *Interim Report* before tackling this one; a better understanding and appreciation will be gained on the necessary trade-offs in objectives presented by competition issues.

At this time, I would like to thank those who participated in our extensive hearings process and who shared their insights with us. I am confident that the public will agree that this report reflects both their concerns and common Canadian values and priorities in the domain of competition policy, law and enforcement. Finally, on behalf of the whole Committee, I wish to express our appreciation for the dedicated efforts of Ms. Susan Whelan, the former Chair of the Committee, and to acknowledge her important role in the creation of this report.

102-06778/

PREFACE

Competition legislation, or antitrust legislation as it is sometimes called, has existed in Canada for more than 100 years. While the name or title of the governing Act has changed several times over the years,[1] each revision has refined it and made it a more effective instrument of the public interest. These revisions were necessary to fill major breaches in the Act because serious limitations in its enforceability became obvious almost immediately from the law's earliest contested cases. Canada was the first industrial country out of the gate to adopt an antitrust law in 1889 but, from a practical sense, Canada fell well behind most major industrialized nations fairly early on in the realm of competition matters. In the intervening years between the original Act of 1889 and the current Act of 1986, Canada's competition law could hardly have been touted as being on the vanguard of competition policy; much more work had to be done, and on a limited number of important issues still remains to be done, to realize such a lofty status.

The primary goal of the legislation — from the first to the latest — remains the same: the quashing of conspiracies and monopoly-making restraints of trade (except those created by federal and provincial legislation). The Committee's *Interim Report on the Competition Act* (hereinafter the "*Interim Report*") provides some limited chronology of the revisions taken to date. In this report, the Committee wants to limit the amount of rehashing of this history. Our point of departure will be the adoption of the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act* in 1986; in the interest of brevity, we will revisit only the most significant amendments to these Acts and the economic conditions that spawned them.

At the outset, the Committee observes five relatively recent economic trends that are becoming pervasive in today's society — trends that, in all probability, cannot be divorced from the knowledge-based economy that we are building. These economic phenomena include: (1) a shift in corporate strategies that seek a competitive advantage through the attainment of economies of scale and scope and towards innovation; (2) the organizational drive to delayer many large corporate hierarchies through spinning off non-core activities to separate businesses and the forging of strategic allies or, alternatively put, the development of business networks in the hopes of raising productivity; (3) the adoption of new technologies, particularly digital technologies, that require substantial up-front investments with low or next-to-zero incremental unit costs that may lead to very aggressive pricing policies in economic downturns; (4) the adoption of products, most notably software programs such as Microsoft Windows, that may eventually develop into an industry standard, which will often be accompanied by network

---

1 The original Act was called *An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade* in 1889, which was repealed and replaced by the *Anti-Combines Act* of 1915. This new Act was repealed and replaced by two Acts: the *Board of Commerce Act* and the *Combines and Fair Price Act* in 1919, which were later ruled *ultra vires*. These Acts were then replaced by the *Combines Investigation Act* of 1923, which was in turn repealed, thoroughly reworked and replaced by the *Competition Act* of 1986.

effects[2] and may consequently lead to unusually high levels of market concentration (including near-monopolization); and (5) the internationalization of commerce — trade and investment — in the wake of new transportation and communications technologies, with their attendant lower costs, and government policy favouring the removal of significant tariff barriers to trade around the globe. Each of these new developments has been a catalyst for changes to the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act.*

These economic phenomena and the competition concerns that they raise can be seen as the main causes of a flurry of government and Private Member's bills that have made it to the *Order Paper* of the House of Commons. Indeed, one of the best barometers a democratic country has for measuring the public's dissatisfaction with what is going on in the marketplace may be found in the number of bills or amendments for change. In the case of amendments to the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act*, nine Private Member's bills and two government-sponsored bills (Bill C-26 of the 36th Parliament and Bill C-23 of 37th Parliament) have arisen in the last two years alone.

The Committee suggests that the almost simultaneous appearance of these bills and the above-cited economic trends are no accident; there is a causal relationship flowing from economic trend to *Competition Act* amendment. For example, the local telephone network is the perennial case of a "network economy or externality." Cable television, rail freight services, electrical power and natural gas distribution also belong to this special industrial species, as is the recently deregulated airline industry. Some of the technologies used by airline companies also display very low incremental unit costs relative to total costs. The traditional way of handling these cases of near or "natural monopoly" has been to regulate them. Since the late 1980s, however, airline, rail freight, long distance telephone and international telecommunications services have been partially deregulated because technology developments suggest that they no longer harbour the natural monopoly characteristic. Only the deregulation of the airline industry has proven controversial. Here, the relatively small Canadian market and the federal government's maintenance of foreign ownership restrictions on the operation of air carrier services have conspired to produce a highly concentrated market, frustrating both the travelling public and would-be start-ups in the industry. Bill C-26, an amendment passed in the 36th Parliament in 2000, was an attempt to address this problem subsequent to the imminent failure of Canadian Airlines International Inc. and its merger with Air Canada Inc. The failure of many smaller airline companies in the past few years (Royal Airlines, Greyhound Airlines, Canjet, Canada 3000) and the sheer dominance of Air Canada in the Canadian market were the stimulus for an amendment to Bill C-23. This amendment would give the Competition Tribunal the power to assess an administrative penalty of as much as $15 million if an air carrier is found guilty of abuse of dominance. As such, the

---

2 A "network effect," or as it is sometimes called a "network economy," refers to an enhanced value an individual already subscribing to a business network would assign to the service with the addition of more customers. Using the local telephone network as an example, the larger the number of telephone subscribers to the local network, the greater the willingness to pay for service on the part of each subscriber. Such a "network economy" is also often referred to as a "network externality" because it is a value that is external to the firm but internal to the industry. Regulatory agencies across the world have been notorious in capturing and exploiting this externality through mandatory and implicit cross-subsidy pricing regulations.

government is departing from the traditional approach of arming the industry's regulator with the necessary powers to directly control these aspects of competitive behaviour. The government has instead taken a "special rules for special industries" approach, which calls into question the claim that the *Competition Act* is framework legislation, justifying it on the grounds that this industry comes under federal regulatory jurisdiction.

Bill C-23 addresses the increasing internationalization of commerce in two important ways. First, this bill would facilitate cooperation between the Competition Bureau and foreign competition authorities for the enforcement of civil competition matters now that monopolization practices can transcend country boundaries. Second, the Committee amended this bill to give private parties access to the Competition Tribunal for resolving disputes on a limited number of business practices that are considered civilly reviewable by the Acts. This amendment should comfort many small and medium-sized businesses that may have to combat large multinational enterprises which attempt to abuse their dominant position.

Finally, increased innovation across most sectors of the economy demands quicker resolution of disagreements between private parties and the Bureau on controversial competition issues. Bill C-23 responds to such demands by proposing to streamline the Tribunal's administrative processes through the provision of cost awards, summary dispositions and references.

Bill C-23 will provide a good first step to strengthening the *Competition Act*. More steps, however, must be taken. Industry and competition experts complain that the law is over-inclusive in some areas of antitrust, but under-inclusive in other areas. The typical example of over-inclusiveness has been the law's inability to properly distinguish between a strategic alliance and a conspiracy to raise prices to the detriment of the public, which has a "chilling" effect on some profitable and competitively benign opportunities that the business sector would otherwise undertake (despite the development of the Bureau's bulletin: *Strategic Alliances Under the Competition Act*). Conventional thinking suggests that a strategic alliance is preferred to a full-blown merger as a means of gaining cooperative behaviour between rival companies with distinct core competencies. The perennial example of the law's under-inclusiveness is found in the term "unduly" in section 45 of the Act — again dealing with a conspiracy — which makes it hard to obtain a conviction in a contested case; this is true even when the case is, for all intents and purposes, a "naked hard-core cartel" with no redeeming social value.

Furthermore, a growing number of stakeholders believe that the *Criminal Code* is not well suited to distinguish between anticompetitive conduct and perfectly legitimate pro-competitive conduct when it comes to price discrimination, predatory pricing and vertical price maintenance practices. Shifting these pricing provisions over to the civilly reviewable side of the Act deserves further consideration. Competition Bureau resource issues, including the thresholds for merger review, are also a cause for concern and so are the processes and powers of the Competition Tribunal. Resolution of these issues is the task of this report.

LIST OF RECOMMENDATIONS

1. That the Competition Bureau designate conspiracies as one of its highest priorities and that it allocate enforcement resources consistent with this ranking. That the Competition Bureau continue implementing existing enforcement strategies that target domestic and international conspiracies against the public, independently and jointly with competition authorities of other jurisdictions. As a matter of routine, that the Competition Bureau review its tactics of crime detection with a view to improving its current record of success.

2. That the Competition Bureau review its enforcement guidelines, policies and practices to ensure appropriate emphasis is placed on dynamic efficiency considerations in light of new challenges posed by the knowledge-based economy, including factors such as: (1) high rates of innovation; (2) declining or zero marginal costs on additional units of output; (3) the possible desirability of market dominance by a firm where it sets a new industry standard; and (4) the increasing fragility of dominance.

3. That the Government of Canada empower the Competition Tribunal with the right to impose administrative penalties on anyone found in breach of sections 75, 76, 77, 79 and 81 of the *Competition Act*. Such a penalty would be set at the discretion of the Competition Tribunal.

4. That the Government of Canada repeal all provisions in the *Competition Act* that deal specifically with the airline industry (subsections 79(3.1) through 79(3.3) and sections 79.1 and 104.1).

5. That the Government of Canada provide the Competition Bureau with the resources necessary to ensure the effective enforcement of the *Competition Act*.

6. That the Competition Tribunal develop and articulate a policy to allocate costs in a fair and equitable manner having regard to the resources available to the parties to the proceeding. That such a policy consider the merits of exempting small businesses from liability for costs in Tribunal proceedings.

7. That the Competition Tribunal, in consultation with the Tribunal-Bar Liaison Committee, continue its ongoing review of procedures with the aim of creating an adjudicative system that

will ensure "just results" in an expeditious and timely manner. Such procedures should aim at reducing parties' costs, as well as the time required, in bringing contested cases to a conclusion while, at the same time, continuing to ensure that due consideration is given to principles of procedural fairness and the appearance of justice.

8. That the Government of Canada amend the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act* to extend the private right of action in the case of abuse of dominant position (section 79) and to permit the Competition Tribunal to award damages in private action proceedings (sections 75, 77 and 79).

9. That the Government of Canada amend section 124.2 of the *Competition Act* to permit a party to a contested proceeding under Part VII.1 or VIII to refer to the Tribunal a question of law, jurisdiction, practice or procedure in relation to the application or interpretation of Part VII.1 or VIII.

10. That the Government of Canada amend section 12 of the *Competition Tribunal Act* to permit questions of law to be considered by all the members sitting in a proceeding.

11. That the Government of Canada amend section 13 of the *Competition Tribunal Act* to require that an appeal from any order or decision of the Tribunal may only be brought with leave of the Federal Court of Appeal.

12. That the Government of Canada amend the *Competition Act* to create a two-track approach for agreements between competitors. The first track would retain the conspiracy provision (section 45) for agreements that are strictly devised to restrict competition directly through raising prices or indirectly through output restrictions or market sharing, such as customer or territorial assignments, as well as both group customer or supplier boycotts. The second track would deal with any other type of agreement between competitors in which restrictions on competition are ancillary to the agreement's main or broader purpose.

13. That the Government of Canada repeal the term "unduly" from the conspiracy provision (section 45) of the *Competition Act*.

14. That the Government of Canada amend the *Competition Act* by adding paragraphs to section 45 that would provide for exceptions based on factors such as: (1) the restraint is part of a

broader agreement that is likely to generate efficiencies or foster innovation; and (2) the restraint is reasonably necessary to achieve these efficiencies or cultivate innovation. The onus of proof, based on the "beyond a reasonable doubt" standard, for such an exception would be placed on the proponents of the agreement.

15. That the Government of Canada amend the *Competition Act* to add a paragraph to section 45 that would prohibit any proceedings under subsection 45(1) against any person who is subject to an order sought under any of the relevant reviewable sections of the *Competition Act* covering essentially the same conduct.

16. That the Government of Canada amend the civilly reviewable section of the *Competition Act* to add a new strategic alliance section for the review of a horizontal agreement between competitors. Such a section should, as much as possible, afford the same treatment as the merger review provisions (sections 92 through 96), and should authorize the Commissioner of Competition to apply to the Competition Tribunal with respect to such agreements that have or are likely to have the effect of "preventing or lessening competition substantially" in a market.

17. That the Government of Canada ensure that its newly proposed civilly reviewable section dealing with strategic alliances, as found in recommendation 16, apply to agreements between competing buyers and sellers, but not to vertical agreements such as those subject to review under sections 61 and 77 of the *Competition Act.*

18. That the Competition Bureau establish, publish and disseminate enforcement guidelines on conspiracies, strategic alliances and other horizontal agreements between competitors that are consistent with recommendations 12 through 17 that would amend the *Competition Act.*

19. That the Government of Canada amend the *Competition Act* to allow for a voluntary pre-clearance system that would screen out competitively benign or pro-competitive horizontal agreements between competitors from criminal liability pursuant to subsection 45(1) of the Act. That the Competition Bureau levy a fee on application for a pre-clearance certificate that would be based on cost-recovery principles similar to that of a merger review. That a reasonable time limit upon application for a certificate be imposed on the Commissioner of Competition,

failing which the applicant is deemed to have been granted a certificate.

20. That the Government of Canada amend the *Competition Act* to allow individuals who have been refused a pre-clearance certificate for a horizontal agreement between competitors by the Commissioner of Competition be given standing before the Competition Tribunal for a fair hearing on the proposed agreement. That such standing be granted only if the agreement remains proposed and has not been completed.

21. That the Government of Canada repeal paragraphs 50(1)(*b*) and 50(1)(*c*) of the *Competition Act* and amend the Act to include predatory pricing as an anticompetitive act within the abuse of dominant position provision (section 79).

22. That the Government of Canada repeal the price maintenance provision (section 61) of the *Competition Act*. In order to distinguish between those practices that are anticompetitive and those that are competitively benign or pro-competitive, that the Government of Canada amend the *Competition Act* so that: (1) price maintenance practices among competitors (i.e., horizontal price maintenance), whether manufacturers or distributors, be added to the conspiracy provision (section 45); and (2) price maintenance agreements between a manufacturer and its distributors (i.e., vertical price maintenance) be reviewed under the abuse of dominant position provision (section 79).

23. That the Government of Canada repeal the price discrimination provisions (paragraph 50(1)(*a*) and section 51) of the *Competition Act* and include these prohibitions under the abuse of dominant position provision (section 79). This prohibition should govern all types of products, including articles and services, and all types of transactions, not just sales.

24. That the Government of Canada amend the *Competition Act* by deleting paragraph 79(1)(*a*).

25. That the Competition Bureau revise its *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* in order to be consistent with the addition of the anticompetitive pricing practices (paragraphs 50(1)(*a*) and 50(1)(*c*) and section 61) to section 79 of the *Competition Act*.

26. That the Government of Canada amend section 110 of the *Competition Act* to require parties to any merger (i.e., asset or

share acquisitions) involving gross revenues from sales of $50 million in or from Canada to notify the Commissioner of Competition of the transaction.

27. **That the Government of Canada amend the *Competition Act* to have a parliamentary review of the notification thresholds contained in sections 109 and 110 within five years and every five years thereafter to ensure optimal enforcement of the *Competition Act*.**

28. **That the Government of Canada immediately establish an independent task force of experts to study the role that efficiencies should play in all civilly reviewable sections of the *Competition Act*, and that the report of the task force be submitted to a parliamentary committee for further study within six months of the tabling of this report.**

29. **That the Competition Bureau issue an interpretation guideline clarifying whether section 75 would apply to the circumstance where a supplier in a market characterized by supply shortages could selectively ration its available supply in such a manner as to discriminate against independent retailers.**

INTRODUCTION

Canada's original competition law was born out of the public's dislike for some of the business combinations that were being formed just prior to the turn of the 20th century. However, as history would later show, the large-scale businesses that were fashioned from key mergers and acquisitions in related activities at that time were, for the most part, an organizational response to innovation in products and processes that resulted in vast economies of scale. These scale economies dictated new business strategies based on massive investments in physical capital as well as a commitment to building integrated operations extending backward into core raw materials and forward into marketing and distribution networks. Furthermore, these strategies could only just then be implemented with the opening up of more distant markets as integrated railway and telegraph networks were developed.

I ... encourage the Committee to rise to the challenge and provide a more ambitious blueprint for the modernization of our Act ... It's my hope that this blueprint will form the basis of a government white paper that will ... launch the next round of amendments. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:15]

Unfortunately, this good came with the bad. The unprecedented cost advantages bestowed upon large-scale operators led to the elimination of many small-scale merchants. So the world's first antitrust law — Canada's *An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade* — was enacted in an attempt to assure the public on two grounds: first, this industrial transformation would occur in an orderly way, only the inefficient would be driven out of business and not efficient small-scale operators through predatory means; and second, in the end, the ultimate beneficiaries of technological and organizational change would be consumers. The original antitrust legislation, as well as the three Acts that would replace it, had three targets: conspiracies to raise prices; mergers and acquisitions that would monopolize markets; and a dominant firm's abusive business practices and predator policies that would injure, rein in or drive out its smaller rivals.

[Y]ou ... need amendments ... to make the Act more effective in addressing anti-competitive conduct and ... to reduce the chilling effect the Act ... has on a broad range of pro-competitive conduct, whether it's these pricing practices ..., or horizontal cooperation, which ... in the vast majority of circumstances is pro-competitive once you get outside this limited category of hard-core criminal cartel conduct. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:45]

The modern version of the original antitrust Act, now known as the *Competition Act*, is a well-crafted economic instrument designed to preserve and enhance the process of competition. It is a law of general application; it applies to

I think the proposals for the two tracks, criminal versus civil in section 45, is something that will have to be done ... it's the sensible thing to do. [Jeffrey Church, University of Calgary, 59:10:55]

all industries in equal measure (except those provided an exemption by federal or provincial legislation) and puts the interest of no one competitor or class of competitor ahead of those of any other. Canada's *Competition Act*, the Competition Bureau and the Competition Tribunal have supplemented the competitive process in producing an economic environment in which non-compliance with the law is more the exception than the rule. This has been accomplished by:

- establishing a broad competition framework, thereby setting "the rules of the game";
- making the guidelines of the enforcement agency — the Competition Bureau — widely available to the business community, thereby making the rules known to all players;
- having the Bureau fulfil its advocacy role at many regulatory hearings and other public events, thereby expanding the coverage of the rules; and
- judiciously enforcing the many provisions of the Act under the watchful eye of the referee — the Competition Tribunal — so that the game is called according to the rules.

The difficulty with the reform of section 45 is not ... that there's any disagreement around the evil of hard-core cartels. The difficulty is whether you can ... write ... a law that is not massively over-inclusive. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:55]

At the turn of the 21st century, a similar set of circumstances to that of the turn of the 20th century appears to be unfolding. The source of change is again innovation, but this time it has less to do with cost advantages of scale and scope associated with new physical capital and more to do with creative advantages associated with "human capital." Rather than exploiting the size and scope of a firm, or more succinctly, the efficiencies obtained through central direction of an industrial hierarchy, the business corporation is focusing on being lean and nimble. Many modern corporations are, therefore, spinning off non-core competency activities, while weaving ever-larger webs of business networks. This organizational structure — which relies on independent, highly specialized, interdisciplinary work teams — provides focus to the firm at a time when the currency of the so-called "Information Age" is the creative talents of the workforce. The business sector is thus banking on increased productivity through a strategy of creative competitive advantage. When one combines these corporate developments with innovations (such as containerization in transportation and digitalized broadband in wired and wireless telecommunications) and policy shifts

[W]hy do we not have a Microsoft case in Canada? Seventeen states in the U.S., the federal government in the U.S., and Europe have all looked at that. There's no argument that the impact in Canada ... is any different. ... [T]he answer: We don't have the funding to take that abuse case in Canada. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:50]

to more liberalized trade and deregulated industries, the business landscape is increasingly becoming global rather than national.

My own reading of what the Bureau has ... in the merger area is that ... they are probably pretty well funded ... The user fees have provided a cashflow to assist in that. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:35]

Firms using today's newest business models, such as "just-in-time" production and "Big Box" retailing, are exerting tremendous pressure on small and medium-sized businesses that are not adjusting. As a result, new stresses and fracture points in the competition policy framework are appearing once again. Although the *Competition Act* is a modern piece of legislation that reflects contemporary economic thinking and provides a balanced approach to enforcement, there are signs that it can be made more effective in certain areas and, where it is already effective, can be made more efficient. Amendments to selected provisions of the *Competition Act* and to the administrative processes of the Competition Tribunal are the order of the day.

The Committee began answering the call for a modern and effective competition law regime in its *Interim Report*. We broached, amongst other issues, the private right of action in respect of some civilly reviewable matters, such as refusal to deal (section 75), exclusive dealing, tied selling, and market restriction (section 77) and delivered pricing (section 80). With the Public Policy Forum's subsequent finding of a favourable consensus (provided that adequate safeguards against vexatious and frivolous suits were put in place), the Committee amended Bill C-23 in favour of such rights (excluding section 80). Consequential amendments were also necessary. The Committee further amended section 75 to ensure that an "adverse effects on competition" test was added, which would eliminate any incentive for frivolous commercial disputes, given that the Commissioner would no longer be the gatekeeper of these sections.[1]

In terms of ... enforcement ... there are really three things that can be dealt with ... There is this question of funding ... the question of alternative enforcement mechanisms like private access, which ... for civil cases would help the Bureau a great deal by taking some of the workload away from them. The other area on the agenda ... is ... reform of the Tribunal process. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

---

1 Typically, the "competitive effects test" used in the Act is that of a "substantial lessening of competition." Section 75 will, however, use an "adverse effects on competition" test. The meaning of "substantial lessening of competition" has been refined to a degree by judicial interpretation and the meaning of "adverse effect on competition" will have to be similarly clarified. The use of the "adverse effects" test in section 75 is to permit small and medium-sized enterprises the opportunity to have their cases heard in the new private access regime. In the case of a firm with a small market share, a refusal to deal might not "substantially lessen" but still "adversely affect" competition. The requirement to show a "substantial lessening of competition" in a market would be likely to exclude private action in all but the largest cases.

[T]here's been a tendency to describe private action as ... a ... way of helping the Commissioner out, ... putting more resources into his pocket and doing some of his work ... but I don't see it that way ... [O]ne has to think much more broadly about private action ... [as] a way of ... enlarging the scope of competition cases. ... [W]e should get a much richer case law and a much richer body of decisions from which to draw. [Roger Ware, Queen's University, 59:11:35]

The Committee's actions will not stop there; we intend this report to become a blueprint for a government White Paper that will launch the next round of amendments to the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act*. The report will identify both the relevant sections of the two Acts needing reform and the pertinent issues related to the options under consideration. Once these options for reform are clarified, the Committee will weigh them, look for consensus among the various stakeholders, and recommend a course of action; where warranted, a timetable for reform may also be provided. The reasoning for the Committee's preferences will be spelled out in detail where possible, as the Committee finds transparency an essential ingredient to the reform of complex issues involving competition policy and its many varied stakeholders.

Although the Committee is not under the illusion that only one combination of reforms is possible or desirable, we do caution both the reader and policy-maker that the recommendations offered here are a package of reforms that are not easily cherry-picked due to the *Competition Act*'s complex set of interrelationships within its different sections. Attempts to select among these recommendations to craft a different competition framework or different strategy are not without consequences.

[T]here's a theme percolating that jurisprudence is just inherently good and we should have lots of it. I'm concerned about that, because it's a very costly way to create law, relative to legislation that's fleshed out by regulations or guidelines, which have their imperfections but can also play a much more efficient and faster role in many areas. The real question ... is how do we ensure that we get good, economically sound competition law enforcement ...? [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

The plan of this report is as follows. In Chapter 1, the Committee picks up the discussion on the historical background of competition law and policy and the key economic developments that are challenging Canada's competition framework today, as set out in this introduction, by placing it in three settings. We first venture into the proper role of competition law given our understanding of the workings of the process of competition and the impacts of other complementary government policies. Gaining an appreciation for the interplay of these influential factors, we are able to establish a suitable role for competition law in Canada. In the second setting, a comparative analysis of different competition law provisions, involving both criminal and civil matters, is undertaken; this analysis suggests an optimal enforcement strategy for a mid-sized, open-trading economy — the Canadian circumstance. Finally, the merits of framework law versus "special provisions for special

industries" approach are debated, concluding in favour of a return to a framework law, but one that is bolstered by more general enforcement powers than in the past.

In Chapter 2, the Committee reports on the state of competition in Canada and the state of enforcement. In analyzing the latter's contribution to the former, we distinguish between the Bureau's array of enforcement instruments, enforcement guidelines and resources, and its Commissioner's independence and accountability structure. We also evaluate the role of the Tribunal and the courts, the deterrence incentive structure of fines and jail time, as well as the enforcement potential that private rights of action are likely to provide. In Chapter 3, the Committee discusses the role of the Competition Tribunal and its decision-making procedures.

Innovation is a lot faster. Transactions are taking place in nanoseconds, as opposed to quill pens on parchment. The pace of market behaviour is so fast today that it really imposes a very difficult challenge on an enforcement agency. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:00]

In chapters 4, 5, 6 and 7, the Committee addresses the important provisions of the *Competition Act*: conspiracy; the anticompetitive pricing practices; acts constituting abuse of dominance; and merger review. In each chapter, we assess the economic content of the law, the merits and appropriateness of whether the relevant practices should be placed in the criminal or civil part of the Act, the substantive elements of each provision and the Bureau's administration. The contentious issues will be identified, sorted out and thoroughly assessed in light of modern economic exigencies. The Committee will advance reforms where a consensus can be reached; where it cannot, further study is recommended.

[I]t would be very helpful if your final report provided a strong endorsement of the principle that competition law as framework legislation ought not to be expanded to include a hodgepodge of industry-specific amendments. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:15]

In Chapter 8, the Committee considers a narrow but important issue dealing with the application of the refusal to deal provision (section 75) in gasoline retailing. That industry presents particular competition concerns because independent retailers must necessarily depend on large, vertically integrated producers who both supply and compete with them. Could a large, vertically integrated producer restrict competition by withholding supply to a competing independent retailer in the case of a general supply shortage? And, if so, how would the *Competition Act* respond? Answers to these questions are necessary because there may be competition implications for other

sectors of the Canadian economy where vertical integration is also a structural characteristic. Finally, in the Conclusion, the Committee summarizes its recommendations for improvement of the competition policy framework.

CHAPTER 1: CANADA'S COMPETITION REGIME IN CONTEXT

Competition and Competition Policy Interplay

The interplay between the process of competition and competition policy and law is an interesting one. Competition is a means to an end, not an end in itself. We have competition so the business sector can deliver the best combination of products at the best prices to consumers. The best deal a consumer can receive comes from a free and open market, one with as few barriers to entry by new competitors and as few exit barriers,[2] including government-imposed barriers such as product, investment or trade regulations.[3] Indeed, certain government policies other than competition policy deliberately or inadvertently restrict competition, and competition policy (although sometimes controversial) is required to restore some sort of balance. However, even in the absence of government-imposed barriers, unfettered competition alone may not be enough. A complementary competition law is required in circumstances where, owing to technological barriers, competition will not automatically and immediately flourish.

[T]here's a need for something to be said about competition policy being broader than simply the competition law. There's a need to extend our competition policy to address the broader range of federal, provincial, and municipal government restraints to competition. In aggregate, these have a far greater adverse impact on consumers, small businesses, and large businesses in Canada than all private restraints combined. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:20]

I think the theme or principle behind the Competition Act, *which is that competition as a process is going to generate tremendous benefits, is a valid one that applies across industry segments.* [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:55]

This interdependence of the process of competition and competition policy also runs in the opposite direction when governments adopt policies that, deliberately or inadvertently, foster competition. For example, trade liberalization provided by the Canada-United States Free Trade Agreement (FTA), followed by the North American Free Trade Agreement (NAFTA), was not only good trade policy, but also good competition policy. The deregulation and privatization of key industrial sectors of the economy,

[T]he Competition Act *is intended to and should protect the competitive process, and it is intended to ensure market conditions where a good company ... can survive and do well ... it should not be protecting any individual company.* [Donald McFetridge, Carleton University, 59:10:00]

---

2 This last condition is particularly relevant in recent years to the retail sector with the move to the "Big Box" sales format, and, in particular, gasoline retailing given the exit barriers presented by environmental laws governing the decommissioning of underground gas tanks.

3 Government policies — such as CRTC telecom and cable and satellite television regulations, the dairy and poultry quota systems, airline ownership and cabotage services restrictions, Ontario's beer and liquor distribution system, first-class postal mail and interprovincial trade restrictions — represent a number of such barriers.

[A]n open international trade policy is in many ways a better way of creating competition than through a legal enforcement of one's own competition laws and, I should add, open foreign investment policy. [Roger Ware, Queen's University, 59:13:05]

while proving controversial as an industrial policy, has in general been good competition policy.

Regulated markets, or deregulated markets where the proper institutions for fostering competitive entry are not put in place in the transition period, can also distort a competition policy regime. Indeed, twisting the competition law to accommodate an anticompetitive regulatory environment is likely to compromise and even corrupt competition law. In the 1980s, Canadians witnessed the intervention of their competition authorities in what otherwise might have been an efficiency-enhancing merger of dairies (*Palm Dairies Ltd.*) because of production quotas and interprovincial trade barriers that limited competition in the downstream sector. In the 1990s, Canadians again witnessed their competition authorities intervening in book retailing (the merger of SmithBooks and Coles Book Stores Ltd. in 1995 to form Chapters Inc. and in 2000 with the merger of Chapters and Indigo) because of entry barriers that were built by government-imposed ownership restrictions. Today, Canadians are witnessing the enactment of "special rules for a special industry" — the air carrier services industry — into a framework law, as a result of the absence of a suitable deregulatory framework.

There are at least two cases that have preoccupied the resources of the Competition Bureau and the Competition Tribunal in the last five years that might not have even been there had we had a more open, continent-wide approach to these industries. I'm referring, of course, to airlines and book retailing. [Roger Ware, Queen's University, 59:11:35]

In general, we have this problem that when we move from regulation to deregulation, the regulator is involved, and it takes an active role in making sure that the right policies are in place to facilitate competition. We haven't had that in airlines. I don't think you should be looking for the Commissioner to save Canadian consumers ... You should be looking at ... Transport Canada. [Jeffrey Church, University of Calgary, 59:10:30]

An Optimized Competition Framework

Any competition framework, if it is to improve consumer welfare and economic efficiency, must incorporate the most up-to-date economic analysis. There is, nevertheless, considerable room to manoeuvre in the choice of framework. Competition law usually reflects the country's culture, business customs, legal history, political philosophies, as well as its geographic size and demographic makeup.

The statute is still ... an economically sophisticated law, and is recognized as such around the world. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:10:50]

For example, the United States antitrust agency — the U.S. Federal Trade Commission — begins to get tough on mergers at much lower levels of industrial concentration than does Canada's Competition Bureau. This approach is taken because in the much larger

U.S. economy, there is much less risk that firms will not achieve the necessary economies of scale and scope to be efficient. Furthermore, Canada's competition legislation is unique in that it provides an efficiencies defence which explicitly requires that the review of a merger balance the anticompetitive effects against the "gains in efficiency." Whichever of the two impacts is greater determines the merger proposal's acceptability or unacceptability.[4] This provision appears to be more lenient than in the United States, where the efficiency gains must be so great that prices will not rise as a result of the merger. However, the Committee heard evidence to suggest that even Canada's consideration of efficiencies is not adequate.

I don't think the system is irreparably broken. I think it is a system we can continuously improve ... We should be doing that on an ongoing basis. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:55]

Although the much smaller Canadian economy dictates a less vigilant merger enforcement framework than exists in the United States, it could be argued that Canada ought to have a more vigilant conspiracy enforcement framework than the United States to achieve similar levels of enforcement. This view follows from two realities: Canada is a smaller market that is more susceptible to technological barriers to competition; and its economy is subject to more government-imposed regulatory barriers to competition. As such, leniencies found in Canada's merger review process can be made up elsewhere, for example, by having a more stringent provisions on: conspiracy, anticompetitive pricing practices, market restriction, tying and abuse of dominance. A careful balancing of factors is required to produce an optimal competition policy mix.

Certainly in 1986 we were able to hold up the Competition Act *at that time in a very proud manner and point to a number of aspects of the legislation that really did bring it to the attention of other jurisdictions. But one of the ongoing deficiencies continues to be section 45 ... it is out of kilter in relation to hard-core, naked cartels. It's out of kilter with other jurisdictions ...* [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:40]

Indeed, the needed balance can be a subtle one, particularly at the enforcement stage. For example, one witness appearing before the Committee in early 2000, a former Director of Investigation and Research at the Bureau of Competition Policy (as the title and the agency were known prior to the mid-1990s) said that not enough attention was paid to the significance of the consolidation going on in the refining sector in the oil industry in the 1980s. The Bureau allowed the consolidation to take place, and this development explains, in part, why we are today experiencing many problems in the downstream petroleum

---

4 This interpretation has been put into doubt due to recent events, i.e., the Federal Court's ruling on appeal of the *Superior Propane* case.

products sector.[5] If this view is indeed correct, then the organizational structure of the oil industry may present an almost unsolvable competition problem, far too complex for the anticompetitive pricing provisions of the *Competition Act*. Yet, at the same time, the Committee recognizes that the government has and continues to work on improving this situation. In any event, this hypothesis, whether correct or not, confirms the importance of correctly crafting the competition framework — one that fits Canada's unique economic circumstances.

You could give the Bureau as many resources as you wanted, and that wouldn't address the basic point that it's very difficult to establish beyond a reasonable doubt that any competitive predatory pricing has occurred. It wouldn't address the point that if someone chose to contest a section 45 case — we're talking about hard-core criminal behaviour ... [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:50]

According to many competition policy and law experts, the above problem is more widespread than is generally perceived. Some witnesses immediately pointed to the newspaper and grocery retailing industries as examples. Whether right or wrong, these comments suggest that Canada may indeed have a less-than-optimal competition enforcement strategy than what is required by a small, regulated or mixed economy.

When you're running an operation like that [Competition Bureau], you're constantly worried about two things. You're worried about ... the "type one" errors, where you haven't taken enforcement action when you should have. You're also worried about the "type two" errors, where you have taken enforcement action in a benign case that may have caused narrow damage to those parties or a chilling effect on the marketplace. Dealing with those challenges in the environment we face in today's business climate is very, very difficult. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:13:00]

Many competition law experts have three perennial criticisms of the *Competition Act*. First, Canada's conspiracy law, relative to other countries, is ineffective due principally to overly restrictive wording found in the provision (section 45). Consequently, the Commissioner of Competition has a poor record in contested conspiracy cases relative to the competition authorities in other jurisdictions. Second, Canada's conspiracy provision is both over-inclusive of some business arrangements in some circumstances and under-inclusive in others. In other words, the conspiracy provision is a very blunt instrument (see Chapter 4).

---

5 However, these events may themselves be inadvertent consequences of federal government regulations imposed on product formulas related to environmental emissions and export controls on crude petroleum in the 1980s that forced Canadian refiners to rely more heavily on the more costly heavy crude oil feedstock. The ensuing lower productivity levels may thus have meant that greater efficiencies through rationalization were needed to remain competitive with U.S. producers in what is a North American market for petroleum products.

Third, the Competition Bureau focuses its resources too heavily on merger review and too little on conspiracy enforcement.[6]

With respect to the second inference — the right mix of enforcement priorities — one would think that a small economy such as Canada would have a less vigilant merger enforcement regime than a large country such as the United States, relatively speaking and holding overall competition objectives the same, for the reasons already stated; and exactly the opposite situation in terms of conspiracy enforcement. Yet if the above complaints are true, Canada either has an inappropriate mix of competition law enforcement for its particular circumstance, or it is simply more lax on competition matters than are other major industrialized countries. This position further suggests that those who heralded the *Competition Act* as a watershed advancement over that of the *Combines Investigation Act* were much more critical of the predecessor Act than is commonly understood. In any event, consensus opinion appears to support that Canada moved from having a relatively ineffective competition statute prior to 1986, due principally to the higher burden of proof associated with the Act's criminal rather than civilly reviewable approach, to having one that, although more up to date in its economic content and legal treatment, is still somewhat misguided in a strategic sense. The Committee's report will, therefore, devote its efforts to correcting this defect. We will propose reform to the conspiracy provision that will make it more effective. Upon such change, we want the Bureau to aggressively pursue conspiracies against the public. The Committee, therefore, recommends:

[T]he Bureau's approach to merger review over-commits it in this area. If you examine statistical data, as compared with the U.S. experience with Hart-Scott, we're spending longer on cases, there are more cases, and they're getting extended reviews. This is absorbing a tremendous amount of time. I think we need to recognize that a very small proportion of them really do raise any significant issues. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:55]

I think a lot of the resource emphasis within the Bureau has been placed on merger review. Part of that is understandable. ... From an enforcement perspective, I would like to see increasing attention paid to other provisions of the Act ... [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

1. **That the Competition Bureau designate conspiracies as one of its highest priorities and that it allocate enforcement resources consistent with this ranking. That the Competition Bureau continue implementing existing enforcement strategies that target domestic and international conspiracies against the public, independently and jointly with competition authorities of other jurisdictions. As a matter of routine, that the Competition Bureau review its tactics of**

6 However, if the first two complaints are indeed correct, then the third may not be correct.

crime detection with a view to improving its current record of success.

Framework Legislation and Special Provisions

[A]s has been stated many times, the Competition Act *is a statutory general application. I'm not sure it's still true, with specific provisions now dealing with travel agents and so on, but I think it should be.* [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:55]

The *Competition Act* is framework legislation; it applies to all industries in equal measure (except those monopolies created by the federal or provincial legislations). There are both good economic and legal reasons for this. The economic reasons are the long-standing belief that, by and large, free and open markets provide the best combination of products and services at the best prices to consumers. Except on occasion, when the *Competition Act* or some other (usually industry-specific) statute is needed, the process of competition disciplines suppliers in their decision making and thereby induces them to fulfil the needs of consumers in the most efficient manner. In the cut and thrust of competition, efficient firms survive and prosper, and inefficient firms fail and withdraw. The outcome of this dynamic is that only the interests of consumers and efficient suppliers are protected. The legal reasons are simply that, for constitutional reasons, most industries fall under provincial jurisdiction.

There are industries that warrant special treatment. To the extent that they are regulated, there is a principle of regulated conduct, which is somewhat uncertain in its operation. I think it would be helpful if there were clarification of its operation, but to the extent that an industry is regulated, it is withdrawn from the coverage of the Act. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:55]

Generally speaking, the *Competition Act* only operates when: (1) the marketplace fails to deliver on the above expectations; and (2) compliance with the Act would produce a better outcome. Such situations arise only occasionally when, owing to technological and/or regulatory barriers, the pre-conditions for healthy competition are not present. In such cases, the Commissioner of Competition does not regulate the outcome, but instead lays the groundwork for a more competitive outcome.

Firms in special industries requiring special dispensation from selected provisions of the Act and/or from competition itself are not ordinarily provided refuge through special rules in the Act. Rather, specific statutes and regulatory regimes, which are usually industry- or firm-specific, are permitted to override the *Competition Act*

This is how the regulated conduct defence was born; although the boundaries of the defence are not clear. More jurisprudence will, perhaps, provide greater clarity in time.

At least this was the case for 111 years of antitrust law in Canada. In 2000, however, the Government of Canada departed from this principle and adopted special provisions that armed the Commissioner with the extraordinary power to issue an interim injunction (section 104.1), or an interim cease and desist order as it is often called, against any air service provider, as defined in the *Canada Transportation Act*, to prevent any anticompetitive behaviour (predatory pricing, paragraph 50(1)(*c*), and abuse of dominant position, section 79). Bill C-23 would extend the duration of this order (beyond a maximum of 80 days if all renewals are put into effect) to allow for good faith, but belated information exchanges between the contesting parties; the bill would also subject an airline company guilty of such offences to an administrative penalty of up to $15 million. The government justifies these measures on the grounds of the current crisis in the competitive structure of the airline industry in Canada.

[T]he government felt that there was a need to add some definition in terms of the airline industries is because of the special characteristic of the airline which is somewhat unique. You've got an industry where you have an overwhelming dominance by a carrier, you've got some restrictions in terms of the amount of foreign ownership that you can have in the industry, you've got assets that can be moved fairly rapidly which could be targeted at new entrance. [André Lafond, Competition Bureau, 64:09:40]

Specialists in competition policy and law are not convinced by the government's arguments. They claim many reasons why special airline provisions are not credible: (1) the crisis is partly of the government's own making, the foreign ownership restrictions prevent competitive entry that would discipline Air Canada's pricing behaviour, moreover, the government also failed to provide the proper institutional framework during the industry's deregulatory transition period; (2) although the cost and pricing structures of airline services are prone to seasonal and other forms of price cutting to equilibrate demand and supply, possibly (but only rarely) leading to predatory price cutting, so are most other transportation services — rail, bus, cruise liners — that are conveniently handled by Canada's transportation regulator, the Canada Transportation Agency; (3) the sheer dominance of Air Canada, with a market share exceeding 80%, is not out of line with that of incumbent local telephone and cable television companies that are currently being deregulated under supervision from the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC); and (4) the precedent these measures set for other industries seeking

Although every industry ... is unique in some way, by and large the kinds of competition problems are fairly generic. You have problems of price fixing and you have problems of abuse of strong market position. You worry about mergers in any kind of industry, so in principle these problems come up or could come up in any industry. [Tom Ross, University of British Columbia, 59:10:15]

special treatment, namely the grocery and newspaper industries, is a slippery slope. These very compelling objections are not exhaustive.

[C]ompetition legislation as it exists in many parts of the world is designed to be a protector of free markets — a referee, so to speak — not a regulator. Regulation is done in industry-specific statutes, and when you mix the two you risk creating not only a hodgepodge but also a series of matrices that may not be effective in accomplishing either generic goal. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:10:35]

In its *Interim Report*, the Committee sided against special provisions for the newspaper industry and suggested an alternative approach modelled on the special banking and financial services provider statutes. The Committee also suggested other ways of realizing the government's stated objectives in providing the Commissioner with special interim cease and desist powers with respect to the airline industry — and with respect to all other industries, for that matter — through expanding Competition Tribunal powers under section 100 to cover abuse of dominance and predatory pricing provisions. This option would at least preserve the Act's general application.

I think this is very dangerous ... turning this from framework legislation into a regulatory regime put in the hands of somebody who not only doesn't have the resources but who, frankly, is very ill-equipped to deal with it. [Stanley Wong, Davis and Company, 59:11:30]

Although the government has not responded to the Committee's *Interim Report*, its decision not to revoke section 104.1, when Bill C-23 would generalize this power in the hands of the Competition Tribunal, suggests that other policy considerations are at work. For example, although the time required for the Commissioner to seek an interim order from the Tribunal may be quite short, this delay could, in some circumstances, be critical. In any event, the government appears adamant to any return to direct regulation of air services and fares or to unilateral free trade in air carrier services, and is steadfast in its decision to attempt to correct structural problems within the industry through the *Competition Act*.

We have a scenario where we're not quite at the framework model and we're not into regulation, and we're asking the Commissioner, in exercising his powers, to straddle the fence. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:00]

At this time, the Committee acknowledges that the special provisions related to the airline industry are temporary measures that will be removed when healthy competition is realized within the industry. At the same time, the Committee is deeply concerned that this expectation will be long in coming, as even the United States (with about ten times the population of Canada) appears to be able to sustain only five or six nationally hubbed airline companies. Without the removal of the ownership and cabotage services restrictions, the industry may be destined to dominance by Air Canada for a protracted period. As such, the Committee is apprehensive about the government's move from a law of general application to one that includes special provisions for a specific industry when other equally effective options may be available through forward-looking reform. Moreover,

[Y]ou either have to go in and regulate the business — and if you're going to regulate it, you shouldn't be regulating just Air Canada — or you're going to have to stand back and say "This is a dynamic business ... and the chips will fall where they may." Unfortunately, at the moment we're in this really untenable halfway house ... [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:10:30]

the government's current policy course is possibly undermining the credibility of Canada's competition regime. Many competition specialists — including international organizations such as the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) — are beginning to question the Competition Bureau's independence from Parliament and government. The Committee will broach this issue in some detail in the next chapter.

In this report, the Committee will be proposing changes in the abuse of dominant position and predatory pricing provisions (respectively, section 79 and paragraph 50(1)(*c*)) that should satisfy the government, competition lawyers and economists, while providing balanced competition enforcement to the business community and the consuming public. These changes will permit the return of the *Competition Act* to law of general application, with no "special provisions for special industries."

[W]hat I would actually urge the Committee to consider is to look at the airline-specific regulations we have, and look at them for general application. It just happens to be that crisis precipitates change. That's happened before with the Competition Act, *and it's now happening again. But we shouldn't leave it like that. It shouldn't be that Air Canada is bound by special rules, but the Act should be able to deal with any conduct we need to deal with in a partially deregulated industry.* [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:10:35]

CHAPTER 2: COMPETITION LAW ENFORCEMENT

The State of Competition

At the outset of this report, and in the *Interim Report* as well, the Committee asserted that Canada's economic environment could be characterized as one in which non-compliance with the law is more the exception than the rule. We paid tribute to the *Competition Act*, the Competition Bureau and the Competition Tribunal for this state of affairs. To this list, we could have added the litany of competition lawyers and economists who keep these government institutions abreast of developing trends in the marketplace and the newest analytical techniques used to judge economic behaviour.

I think right now in Canada, when you look at our position ... in the world and the economy we're in today, we should be proud of the fact that we have a productive and efficient economy. I think that our Act has served us well in trying to get there. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:10:30]

This belief is supported by: the testimony from economists who tell us that, in the main, the *Competition Act* uses modern economic analysis; the Competition Bureau's staff of economists who are well qualified and competent to the task at hand; and the Competition Tribunal's unique expertise in this complicated field. Competition lawyers tell us that, by and large, the *Competition Act*, the Bureau and the Tribunal provide us with as close to an optimal level of due process and economic justice as one could expect. Adding all of these inputs to competition policy and enforcement to the fact that Canada is a relatively open marketplace, we are confident that competition reigns in Canada.

At the same time, the Committee would be remiss in its obligation to the public if it were to conclude that all is well in the competition regime. In fact, the Committee's study of competition policy over the past three years has demonstrated deficiencies and that the regime can be made to work better. But before addressing these systemic issues and making suggestions for improvement, it is worth reviewing the statistical data on enforcement for clues on where our efforts for reform would best be applied.

It may be that in a number of areas we simply don't have that many meritorious cases. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

The Enforcement Record

Evaluating the enforcement record of the Competition Bureau requires understanding of both what is being asked of it and, in particular, what market behaviour it can pursue from a practical sense. We are asking the Bureau to pursue all four objectives listed in the purposes section of the *Competition Act*, as well as to uphold the spirit of this Act. Section 1.1 states that the purpose of the *Competition Act* is to maintain and encourage competition in Canada in order to:

- promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy;
- expand opportunities for Canadian participation in world markets and recognize the role of foreign competition in Canada;
- ensure that small and medium-sized enterprises have equitable opportunity to participate in the Canadian economy; and
- provide consumers with competitive prices and product choices.

It was my experience that one or two litigated cases by the Bureau, especially if they're large cases, could pretty much wipe out the litigation enforcement budget ... This means the Bureau has to be extremely selective in terms of the kind of cases it can actually take on, especially if they're likely to be cases that get complex in a hurry. [Douglas West, University of Alberta, 59:10:10]

These objectives are mostly qualitative in nature and are not amenable to objective measurement; only subjective evaluations are possible. This is why we ask the Commissioner of Competition to report annually on his agency's enforcement and advocacy activities, rather than on his effectiveness in realizing the objectives of the Act. People are then left to form their own opinions on the Bureau's effectiveness in enforcing the Act and realizing its purpose.

In the Committee's view, an evaluation of the Competition Bureau's enforcement record cannot be divorced from the costs of litigation. The Committee was told on several occasions that the Bureau incurs enforcement costs, on average, of approximately $1 million per litigated case.[7] This cost presumably varies according to the type of case, whether a criminal or civilly reviewable practice, a merger or an abuse of dominant position case, an

[7] These comments were confirmed in a recent study commissioned by the Competition Bureau, entitled *Study of the Historical Cost of Proceedings Before The Competition Tribunal (1999)*, which involved section 75 and 77 cases.

anticompetitive pricing practice or a conspiracy case, etc. More importantly, however, this large enforcement cost drives a huge wedge between the goal of complete compliance with the law and the economic behaviour we observe in the marketplace; so this cost must, among other factors, figure into the Bureau's enforcement strategy.

I would like to ... talk about the generic necessity of ensuring ... that the Bureau's resources and institutional framework are indeed as strong as they should be, so the mandate can be carried out in an efficient and effective manner. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:20]

We must clarify what we are asking of the Bureau. The Committee is not asking the Commissioner and his staff to pursue every case with a positive net economic benefit; nor should the Commissioner strictly engage in profit maximizing law enforcement. Rather, the Commissioner should pursue those meritorious complaints with a substantial economic impact. This will deter egregious anticompetitive behaviour given the resources the government is able to allocate.

There are good reasons to take the last of these three approaches. The first approach would require the Commissioner to pursue all cases that would generate fines in excess of the public enforcement costs. This could require unlimited resources, which taxpayers would be reluctant to pay given the limited benefit each would receive. The second approach, which involves fines reflecting, not their deterrence value, but their profit-making potential, would undermine the public good, which the government and Parliament are entrusted to promote. Canada wants no part in such a litigious society. The Committee is not willing to sacrifice economic justice, nor is it prepared to live with the "chilling effect" on economic activity, which such an unwavering approach implies.

I want to commend the Committee ... in setting the scene — the market context within which this market behaviour is being assessed, enforcement decisions are having to be made, and discretion exercised by the Commissioner. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:55]

In the realm of law and economics, optimizing the benefits of competition requires a balanced enforcement approach, where balance refers to the appropriate measure of pursuit of compliance with the Act. Such an approach recognizes that neither the threat of prosecution nor the education and voluntary compliance measures are by themselves the most effective enforcement strategy. The Committee is convinced that the Competition Bureau is appropriately armed with the array of enforcement instruments needed to ensure compliance with the Act. These instruments range from education through publications, communications and advocacy to voluntary compliance through monitoring, advisory opinions, advance ruling certificates to concerted action through negotiated

settlements, consent orders and prosecution. However, such a balanced approach will be very subjective; outsiders will find it difficult to distinguish good judgment from bad judgment — precisely because the law and economics of market behaviour is not an exact science; and, even if it were, there are numerous other pitfalls in collecting evidence in support of any position on any questionable activity. For all these reasons, the Committee will draw only cautious or the most obvious conclusions from the current enforcement record.

[T]he enforcement of the law would benefit from more resources ... Underlying that question is a bigger question — namely, what is the role of the Commissioner, the role people are seeking to have funded? Obviously, there's always the overriding question ... that amongst all the other competing public policy priorities, how much do we as Canadians want to invest in the enforcement of competition law? [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:40]

Table 2.1
Competition Bureau Enforcement Record
By Selected Provision in the *Competition Act*

Provision	Complaints	Disposition of Complaints		
		Investigations or Inquiries	Alternative Case Resolution	Formal Enforcement Proceedings
s. 50(1)(*a*)	88	5	4	0
s. 50(1)(*c*)	382	7	9	0
s. 61	461	7	77	3
s. 75	304	27	4	1
s. 77	214	28	7	0
Total	**1,449**	**74**	**101**	**4**

Note: Data on the pricing provisions (paragraphs 50(1)(*a*) and 50(1)(*c*) and section 61) cover the five-year period commencing 1 April 1994 and ending 31 March 1999. Data on refusal to deal (section 75) and tied selling, exclusive dealing and market restriction (section 77) cover the four-year period commencing 1 April 1997 and ending 31 March 2001.

Sources: J. Anthony VanDuzer and Gilles Paquet, *Anticompetitive Pricing Practices and the Competition Act: Theory, Law and Practice*, 1999; Competition Bureau, letter to the Committee in response to hearings on Bill C-23.

Table 2.1 provides a partial statement of the Bureau's enforcement record over the past few years by selected provision in the Act. The Committee is aware that many conclusions can be drawn from data, including diametrically opposing conclusions. For example, based on the number of complaints, one might conclude that more vigilant enforcement should be directed against price maintenance violations than any other anticompetitive practice (i.e., refusal to deal, and tied selling, exclusive dealing and market restriction). However, one might just as reasonably conclude that, based on the number of investigations relative to the number of complaints, the Bureau is relatively lax, and possibly too lax, on predatory pricing, refusal to deal, and tied selling, exclusive dealing and market restriction

complaints. Both views are possible given the lack of critical and pertinent facts to each case.

Obviously, the Committee is in no position to quantify the economic fallout of each case. Neither can we assess the relative merits of cases according to the different provisions in the Act; and nor can we gauge the exact legal or economic inadequacies of each provision in the Act. We do understand that different marketing and pricing practices spark different public reactions, and thus lead to different levels of reporting; but there is no way of knowing the exact correlation between the outrage and the number of complaints for a meaningful evaluation. Is the ratio of investigations to complaints with each provision in the law related more to the cost of litigation, merit, economic impact or the clarity of terminology used in the Act?

If we have a lot of behaviour that is offside ... it can be reined in by litigated cases or it can be reined in when the Commissioner gets somebody to stop their behaviour because that party knows the alternative is to face litigation. You see the Commissioner settling cases with alternative case resolutions all the time, and that's highly, highly cost-effective for all of us. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

The VanDuzer Report broached these very issues in terms of the anticompetitive pricing provisions, and we see no reason to second-guess its main conclusions. The report assessed the Bureau's case selection criteria. There are four, not equally weighted, criteria to which points are assigned to each complaint based on the facts. The criteria are: (1) economic impact; (2) enforcement policy; (3) strength of the case; and (4) management considerations. The Committee highlights the following excerpts from the VanDuzer Report:

> The statistics show that few cases have been pursued to resolution, except through ACR's [alternative case resolution] in price maintenance complaints. The relative absence of formal enforcement proceedings raises several concerns regarding the certainty and, ultimately, the effectiveness of the law. More formal enforcement proceedings would force the courts and the Tribunal to progressively refine the law, making clear its appropriate application as well as signalling the seriousness of the Bureau's intent to enforce it. More cases would also expose the weaknesses in the law which would, in turn, be an important catalyst for law reform. One might hope and expect that increasing certainty brought about by greater formal enforcement activity by the Bureau would encourage greater interest in private actions under

What has obviously happened is that the Bureau has essentially built into its internal case prioritization the principle that cartels are viewed as quite a problem, and price maintenance and price discrimination laws, for example, are viewed as laws that are not economically sound, that are overreaching, and that should not be enforcement priorities. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

section 36. To date the possibility of civil actions alleging violation of the criminal provisions has been little used.[8]

A disjunction is created between the expectations of people complaining to the Bureau about pricing practices and what the Bureau is prepared to deliver. This is most serious, in relation to price discrimination and predatory pricing, where the complete absence of formal enforcement actions opens the Bureau to the charge that it is choosing not to enforce the Act. This suggests either that the case selection criteria be revised so as to minimize impediments to bringing pricing cases and that the Guidelines be revised to more closely follow the Act or that the provisions be reformed to provide clearer direction for Bureau enforcement policy. Either way, the result would be closer coincidence between what the law says and the Bureau's enforcement policy.[9]

I believe they can and do win conspiracy cases in both big and small settings, particularly in the modern environment, with their current immunity program, which allows them to approve the agreements they used to have so much difficulty approving in the 1980s. The pre-1992 statistics really aren't relevant in helping you decide whether you need to do something in that area. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:40]

More generally, the Committee would like to report that, given the rather steady and holding trend in both the number of all complaints and investigations in the four- and five-year periods considered in Table 2.1, at a time when economic activity was buoyant and growing steadily, the business community has been relatively more compliant with the law. However, we cannot because even the number of complaints is dependent on people's knowledge of what an offence is under the law and their perceptions of the attention the Bureau will give their complaint. Because these important factors are not known nor recorded, we cannot adjust the data accordingly.

In terms of ... enforcement issues, there are really three things that can be dealt with ... There is this question of funding ... There's also the question of alternative enforcement mechanisms like private access ... The other area on the agenda ... is we need to radically reform the Tribunal process. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

The record level of fines collected by the federal treasury as a result of the Bureau's recent intensive pursuit of conspiracies could be interpreted as a sign of greater vigilance that will soon pay off in a more robust economic activity based on more efficient firms and the adoption of aggressive, competitive pricing policies. But even here most of these fines can be attributed to convictions made from international conspiracies. The Bureau might be just riding on the coattails of competition authorities of other jurisdictions. Furthermore, guilty pleas in conspiracy cases are just as likely to reflect the high cost of litigation and the potential for private information to be transferred to the public domain in other jurisdictions such as the United States where rivals may seek treble damage awards. These

---

8 J. Anthony VanDuzer and Gilles Paquet, *Anticompetitive Pricing Practices and the Competition Act: Theory, Law and Practice*, p. 70.

9 Ibid., p. 71.

facts suggest guilty pleas are more likely to reflect the cost benefit of going to trial in Canada than actual guilt or the deterrent effectiveness of the law.

It's even more expensive to deal with a criminal proceeding because of the criminal standards. So decriminalization, in some respects, and going to a per se approach should cut the cost down, because overall it's a cost to society. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

Given the foregoing analysis, the Committee will concentrate its efforts on reforms that will directly lower the cost of enforcement, without unduly compromising legal rights, and thus reduce the wedge between the goal of complete compliance with the law and the economic behaviour we observe in the marketplace. First on everyone's list as a means of reducing enforcement costs is the Tribunal's current processes; these will be discussed in the next chapter. The development of jurisprudence and the Bureau's enforcement guidelines also have a direct bearing on enforcement and litigation costs; their examination will immediately follow this section.

The Committee will also examine indirect impacts on the cost of enforcement. We will review the most contentious provisions of the Act to ensure their legal treatment appropriately reflects their economic motivations and consequences. As such, any shift of important provisions from the criminal to reviewable section of the Act, quite apart from a reduced chilling effect on economic activity such a move might have, may reduce the overall cost of enforcement (see chapters 4 and 5). Furthermore, such changes would undoubtedly shift the burden of enforcement from the Attorney General of Canada to the Commissioner of Competition, and this may, in turn, have consequential budgetary and resource impacts on both these government agencies. In terms of enforcement tactics and formal powers, the Committee will evaluate the merits of a cease and desist order relative to an award of damages and fines as means for deterring anticompetitive conduct, in particular predatory behaviour. Finally, the Committee will examine the impact of granting private rights of action on a limited number of practices covered under the Act's civil section as set out in Bill C-23. The Committee will, at the same time, review the adequacy of resources provided to the Bureau for enforcement of the Act.

Part of the debate ... around splitting section 45 into both a per se and a civil offence ... [is] ... that, it will be more costly for the Commissioner to prosecute a civil offence. Under the criminal model now, responsibility is split between two departments, so there are two budget funds to address the cost of prosecution. The Commissioner's office acts as an investigator, and the Department of Justice acts as the prosecutor. To the extent the role of the Commissioner is revisited, part and parcel of ... that should always include the resource implications ... to the Bureau. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

Jurisprudence and Enforcement Guidelines

[T]he way the law evolves is decision after decision ... it gets fine-tuned that way. What seems to happen in Canada is a decision that leaves a fair amount of uncertainty, and then nothing happens for eight or ten years. [Donald McFetridge, Carleton University, 59:10:50]

The enforcement of any law, including that of competition, cannot be conducted in a vacuum. Anchors upon which behaviour is assessed are essential; moreover, clear markers distinguishing acceptable from unacceptable market behaviour are required. The economic content of the written law is simply insufficient. Jurisprudence and enforcement guidelines are required to flesh out the sometime abstract economic thinking on which the law is based. Indeed, when jurisprudence and enforcement guidelines properly reflect economic theory, they serve to guide the business sector in voluntarily complying with the law and the Bureau in enforcing it.

I think we need far more testing of the interpretations of the Act made by the Commissioner ... not just more powers for the Commissioner. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

Competition law experts appearing before the Committee reached virtual unanimity on this score. In their opinion, there is simply insufficient jurisprudence to properly guide market participants. Uncertainties in the law and its application abound. Where these competition law experts begin to differ, however, is in terms of the principal cause. Some suggest a weak law is the culprit, while others suggest a risk-averse Competition Bureau is to blame. The rift widens when it comes to the proposed solution of providing greater financial incentives to develop the needed jurisprudence. Some maintain that it would be worthwhile to do so, yet others believe this is an expensive way of realizing greater certainty in the law, preferring instead more clarity in the Bureau's enforcement guidelines. For its part, the Committee will come down the middle on both these issues. We believe that more jurisprudence is needed and this might be partially realized with the implementation of private rights of action, as prescribed in the amended version of Bill C-23. In addition, the Committee recognizes that refinements in the enforcement guidelines are needed.

First, nobody really wants to have to go to court or before the Tribunal for the sheer sake of providing jurisprudence for others. That's kind of a public service that perhaps nobody necessarily wants to provide. [Donald McFetridge, Carleton University, 59:10:50]

The Bureau's enforcement guidelines are meant to fill the cracks in the public's understanding of the law left by insufficient jurisprudence. As the VanDuzer Report, in terms of the anticompetitive pricing provisions, put it:

> Through its Price Discrimination Enforcement Guidelines and Predatory Pricing Enforcement Guidelines the Bureau has attempted to provide, for enforcement purposes, a coherent rationale for enforcing the criminal provisions dealing with price discrimination and predatory pricing. ... [F]or the most part, this has been a very effective approach to enforcement. Guidelines are significantly more cost effective than litigation for the purposes of clarifying interpretive uncertainty relating to the provisions of the *Competition Act*. As well, they can deal with issues comprehensively and within an analytical framework, while decisions in individual cases contribute only incrementally to the understanding of the law and the analysis may be tied to the facts of each case. Guidelines increase the likelihood of consistent and accurate decision making by commerce officers who make the difficult assessments of cases at the critical preliminary assessment stage. By disclosing a clear approach to enforcement, guidelines may facilitate ACR's and, more generally, will ease the compliance burden for business.[10]

[I]f there had been more cases, we would not ... have so many guidelines. We would not ... consider, for example, in section 78, all the illustrative anti-competitive acts or abusive acts that a dominant firm can do. This could have been explored before the Tribunal, and we would see that in the jurisprudence. [Donald McFetridge, Carleton University, 59:10:50]

From the business community's perspective, the guidelines are not reassuring. The guidelines have never been binding on courts, the Competition Tribunal or the Bureau. It was reported to the Committee that the Tribunal routinely ignores the guidelines; recently, the Competition Bureau abandoned its own merger enforcement guidelines in the *Superior Propane* case. The Committee finds this disconcerting; we can only conclude that the enforcement guidelines need to be revised. The VanDuzer Report made a number of specific recommendations on the Bureau's enforcement guidelines, which, in general, we support; however, the Committee will sort out each in later chapters. The Committee also agrees with the VanDuzer Report's recommendation 16 that deals with the enforcement guidelines in a general sense. This recommendation follows from the recognition of a general shift from an industrial economy to a knowledge-based economy characterized by innovation and industrial structures in which market dominance, when it occurs, is likely to be relatively short-lived. The Committee, therefore, recommends:

I think the elements are in the Act. I think the interpretations are very poor. I don't think you need separate rules for separate industries. But I do think you need clear and consistent application of clear guidelines. [John Scott, Canadian Federation of Independent Grocers, 59:09:45]

---

10 J. Anthony VanDuzer and Gilles Paquet, op.cit., p. 86.

2. **That the Competition Bureau review its enforcement guidelines, policies and practices to ensure appropriate emphasis is placed on dynamic efficiency considerations in light of new challenges posed by the knowledge-based economy, including factors such as: (1) high rates of innovation; (2) declining or zero marginal costs on additional units of output; (3) the possible desirability of market dominance by a firm where it sets a new industry standard; and (4) the increasing fragility of dominance.**

Our experience is that the guidelines are ... ignored when it comes to a specific case. We have the example recently of the Competition Bureau abandoning its merger enforcement guidelines when it came to arguing the Superior Propane case. We have other cases in which the Tribunal has taken no notice of guidelines. ... But to think that guidelines ... will necessarily result in less uncertainty ... I think only jurisprudence can do that, and we don't have a heck of a lot of it. [Donald McFetridge, Carleton University, 59:10:05]

Once these revisions are completed, we expect the Commissioner of Competition to keep to the enforcement guidelines. Major deviations from them are not acceptable. If further changes are required, the enforcement guidelines should first be amended then enforced, not the other way around.

"Time is of the Essence" Enforcement Tools

On a number of occasions before the Committee, the Commissioner of Competition has argued for amendments to the law granting him new powers to issue cease and desist orders of his own right, without allowing the affected party a right to be heard prior to the making of the order, and without any authorization from the Competition Tribunal. Such a power was granted under section 104.1 of the *Competition Act* in respect of any domestic air service, as defined in the *Canada Transportation Act*, in terms of any anticompetitive behaviour (predatory pricing, paragraph 50(1)(*c*), and abuse of dominant position, section 79). Bill C-23 would extend the duration of this order (beyond a maximum of 80 days if all renewals are put into effect) to allow for good faith, but belated information exchanges between the contesting parties. Bill C-23 would provide this same power (adding a new provision, subsection 103.3(2)) to the Competition Tribunal in respect to all industries and all civilly reviewable conduct in the Act.

If you were on the inside and if you saw the difficulty and extent to which they have tried to comply with this law, I think you would come to the conclusion that the answer is, yes, it is effective, the Commissioner is very vigilant, and Air Canada has struggled daily with trying to understand what they can and can't do under the current regime. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:45]

A new subsection 103.3(2) in the Act specifies the circumstance in which the Tribunal may make an interim order. The order may issue if:

- An injury to competition will occur that cannot be adequately protected by the Tribunal.
- A person is likely to be eliminated as a competitor.
- A person is likely to suffer: a significant loss of market share; a significant loss of revenue; or other harm that cannot be adequately remedied by the Tribunal.

Critics mention that the *ex parte* procedure — without notice to any other party — presents, as a *fait accompli*, an order that has the same force as a court order and a breach of which is punishable by fine or imprisonment. Once the order is made, the party may bring an application to set the order aside. In normal litigation practice, motions and applications made *ex parte* are the exception rather than the rule. Moreover, the test that is asked of the Tribunal in granting the order, particularly that of a significant loss of market share or a significant loss of revenue, is so low a hurdle that it treads on having the Commissioner cross over the boundary of protecting the process of competition to protecting individual competitors. This concern is supported widely across the economics field because of the strongly held belief that competition by its very nature means that there will be winners and losers in terms of revenues and market share. Thus, the *Competition Act* now risks interfering with the competitive process. As an alternative, these critics argue in favour of an award of damages and possibly fines as the appropriate method of deterring anticompetitive behaviour.

For his part, the Commissioner believes that these extraordinary powers are necessary owing to the inadequacy of the procedures and/or the remedies currently available to the Bureau to use against the threat of price predation and other anticompetitive conduct in a timely fashion. The *ex parte* procedure is adopted because the alternative of providing notice of the proceedings would impose a process that would involve the Commissioner in time-consuming litigation before the Tribunal in support of the interim order, which would significantly reduce the "time

I just want to distinguish between two ways of dealing with predatory pricing. One is the cease-and-desist type of power the Commissioner has and is maybe trying to have enhanced ... to a "Don't even think about it" power, which would be issuing orders in advance of the incumbent firm even doing anything. That's one way to go, and it can have the virtue of appearing to protect a specific competitor and make sure they don't get hurt in the short run. I think it's definitely the wrong way to go, whether it's airlines or any other industry. [Donald McFetridge, Carleton University, 59:10:40]

I think the way to deal with predatory pricing is to wait and look at the offence. I think where we have a problem in this country is that it doesn't do much good after finding that an offence has been committed if we take the civil branch and abuse of dominance and say, "Well, don't do it again", and then issue an injunction. That type of remedy is simply insufficient. I think what we really want ... is to use the civil branch and use fines. And ultimately, perhaps ... damage awards. [Donald McFetridge, Carleton University, 59:10:40]

is of the essence" aspect for which the power is being sought.

There's the predatory pricing. Clearly, you need a remedy besides cease and desist. A remedy based on damages and fines seems to be a sensible deterrent. [Jeffrey Church, University of Calgary, 59:10:55]

In wrestling with these arguments, the Committee recognizes that, in a perfect world where all predatory and other anticompetitive behaviour could be easily detected and there would be no uncertainty in the application of the law, there could not be any predation or anticompetitive behaviour. The cease and desist order would stop this anticompetitive behaviour the minute it started and an award of damages and fines from the Tribunal would remove any incentive to engage in such anticompetitive conduct in the first place. Both enforcement methods — an interim cease and desist order and an award of damages and fines — have a similar impact in such an environment. However, in our imperfect world, enforcement methods are not equivalent; each has a different impact. In a world where "Type 2 errors" are possible (where an enforcement action is taken but should not have been), the interim cease and desist order will impair the process of competition and impose losses on consumers by forcing them to pay higher prices for the period of the order. On the other hand, in a world of uncertain application of the law or a flaw in the design of the law, damage awards and fines may chill rivals from engaging in aggressive but pro-competitive pricing strategies. Clearly, these impacts are not the same.

[T]here's a fallacy in ... saying ... that the cease-and-desist powers ... because they act very quickly, are necessarily desirable. ... It is perfectly possible to have an enforcement provision against predatory pricing through the Act, working through the normal process with the Tribunal, not using any injunctive relief. Provided one introduces fines and makes the disincentives for a conviction high enough ... [Roger Ware, Queen's University, 59:12:15]

In assessing the pros and cons of these "time is of the essence" enforcement tools, the Committee looks to the data, which clearly show that predation is often alleged but seldom occurs. Between 1994 and 1999, there were 382 cases of alleged predatory behaviour, but the Bureau found only 7 deserved investigation. Nine were solved by alternative case resolution (ACR) and none justified prosecution. Although the high incidence of allegation would favour the damages award and fines enforcement method, the Bureau's decision to investigate only seven cases brings somewhat back into balance the choice of either method (assuming that we are willing to live with prosecutorial discretion to achieve this balance, rather than a systemic basis for balance). At the same time, the Committee is unaware of any incidences of the "chilling" pro-competitive behaviour that the current competition regime has had on the business sector, let alone what incidences of chilling

might arise from a deterrence system based on an award of damages and fines.

Although lack of information does not permit the Committee to judge which of the two enforcement tools would be better, other considerations suggest that this debate need not be framed in an either-or context. Adopting both enforcement methods has a number of advantages: (1) a cease and desist order would help mitigate damages in egregious predatory cases; (2) an award of damages and fines would rebalance the incentive structure to better deter such behaviour when anticompetitive opportunities present themselves (in turn reducing the opportunities for the exercise of prosecutorial discretion); and (3) the special airline industry provisions would become redundant and thus could be repealed. This third advantage is particularly appealing to the Committee, as it would hasten the return of the *Competition Act* to a law of general application. With the adoption of other reforms, as laid out in this report, the Committee is convinced that more jurisprudence would reduce both any uncertainty in the law and its chilling effect on aggressive but pro-competitive pricing practices. For all these reasons, the Committee recommends:

You need to create that type of penalty in the abuse-of-dominance provisions of the Act to retain the deterrence effect of the law. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:20]

3. **That the Government of Canada empower the Competition Tribunal with the right to impose administrative penalties on anyone found in breach of sections 75, 76, 77, 79 and 81 of the *Competition Act*. Such a penalty would be set at the discretion of the Competition Tribunal.**

These changes will permit the return of the *Competition Act* to law of general application, with no "special provisions for special industries." For this reason, the Committee recommends:

What we have right now is a Commissioner of Competition who by statute is independent and reports to the Minister of Industry but who takes no direction from the Minister of Industry other than for the purposes of starting an inquiry. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

4. **That the Government of Canada repeal all provisions in the *Competition Act* that deal specifically with the airline industry (subsections 79(3.1) through 79(3.3) and sections 79.1 and 104.1).**

Commissioner Independence and Accountability

What we have now is really decision-making in the hands of a single individual who is really unaccountable. Every time we see an unsuccessful case, there is immediate pressure to amend the Act. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

A particularly surprising (and disturbing) issue — that of the Commissioner's independence from government — surfaced around the time of the Committee's first set of hearings in 2000. This issue continued to percolate and has since boiled over to include questions of accountability. Doubts on the Commissioner's independence first arose when the Commissioner conducted a review of his own merger enforcement guidelines, as they would apply to the banking sector at the request of the Minister of Finance, suggesting that he too had reservations on their general application. The questions began to multiply as the Commissioner acquiesced to the government a second time when he sought extraordinary cease and desist powers to deal with potential predatory behaviour on the part of Air Canada — once again putting into doubt the Act's general application. More recently, in the *Superior Propane* case the Commissioner abandoned the very merger enforcement guidelines that he confirmed as fit to the Minister of Finance.

Essentially what's happened in ... cases, where speed is of the essence, such as predatory pricing ... the Commissioner has been concerned that the process doesn't work expeditiously enough; therefore he's sought additional powers, turning his own office into an investigator and an adjudicator. As soon as a single body is performing both of those functions, concerns are going to be raised about independence. So if we can solve the adjudication model, if we can have the Tribunal play a more active, effective role as an independent check, and procedurally allow it to balance these concerns ... its very important that there be ... an expeditious process and ... a full due process for the various parties. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:55]

However, the Committee does not share all these views and believes that it is important to distinguish perception from reality. In terms of independence, a consensus within the competition law community appears to have formed on the belief that the Commissioner is indeed independent from government in terms of case selection, administration and disposition. The Commissioner is not independent from government in terms of his budget and reporting obligations.

On the matter of enforcement direction, no one could point to any case where the government intervened in the Commissioner's enforcement decision making. On the matter of the Competition Bureau's organization within government, the Committee understands that the Commissioner is subordinate to the Minister of Industry and Cabinet so that, at the end of the day, the government can be held to account to the people for the actions of the Commissioner, one of the most influential public servants in Canada. For example, from time to time, competition experts have judged the Commissioner's enforcement record based on what they call Type 1 and Type 2 errors. A Type 1 error is defined as not taking an enforcement action when there should have been (the market behaviour in question was

anticompetitive). A Type 2 error, on the other hand, is defined as taking an enforcement action when one should not have occurred (the market behaviour was benign from a competition perspective). However, there is also a Type 3 error. The Committee will define this error as wasting the taxpayer's money through inefficient enforcement action. After accounting for deficiencies in the law, at the Competition Tribunal and in his budget, for which the government may be held accountable, any remaining deficiencies in enforcement may be attributable to the Commissioner and his administration of the Competition Bureau. This error can only be corrected by executive decisions and thus institutional independence from government is not advised.

There are really two important things about enforcement policy ... One is independence and the other is accountability. The Commissioner needs to be independent, needs to have the resources required to do the job, but needs to be accountable, too. That means we have to be able to go to Tribunal and test the Commissioner's decision. That's one way of keeping him accountable. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 53:11:45]

On the matter of accountability, competition law experts identified a number of ways the Commissioner might be held to account for his enforcement actions. We have already mentioned his accountability to the people through the government of the day. He is also accountable to the people through Parliament — and specifically by way of appearance before this Committee. Beyond bureaucratic means, the Commissioner is accountable for his enforcement decisions to the Competition Tribunal, which can rescind or vary all civilly reviewable decisions he makes, as well as judge his request for a cease and desist remedy.

The Commissioner is independent today in exercising enforcement direction. He is not independent from an institutional perspective. The deputy minister owns his people, so the staff and organization budgeting is all subject to the Department of Industry's priorities. ... [W]e should ensure he has both institutional and enforcement independence. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:00]

If there is weakness in the accountability regime, it has been in decisions not to take an enforcement action with respect to civilly reviewable matters. However, the Committee is confident that forthcoming private rights of action — with the adoption of Bill C-23 — will partially address accountability with respect to sections 75 and 77. In terms of mergers — that is, on the release of private information relating to a merger proposal where no enforcement action is taken — the Commissioner must perform a careful balancing act. He must weigh the merger participants' privacy rights with that of the public's right to know. According to the competition law experts appearing before this Committee, there is little issue here, but they do note that both U.S. and European competition authorities are more forthcoming in providing information than Canada's Competition Bureau. However, the Committee must reiterate the point that Canada, as a small market, is and should be more lenient on mergers relative to larger

The Commissioner ... is one of the most highly accountable officials in the Government of Canada, and that comes in part from his oath under the Act and it comes in part from ... your ability to take him to court on a judicial review. It comes in addition from the fact that any six residents can force him to conduct an inquiry and can go to the Minister of Industry and ask ... to reopen an inquiry that's been discontinued. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

Another very important part of his accountability comes from this committee, which has put the Commissioner under a spotlight for the last three years. We've had numerous studies and we have the Commissioner appearing and taking questions and justifying what he does and does not do on a literally monthly basis ... You play a very significant role, and you should be continuing to ask him how he's performing with respect to policy and the general administration of the Act. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

jurisdictions, including on issues of information disclosure. At the margin, strategic market information released to the public is of less value in larger and less concentrated markets. Finally, this leaves only section 79, the abuse of dominant position provision; here, the public itself has been most vocal, and parliamentarians have heard them loud and clear and this has spurred many amendments for reform.

Private Rights of Action

A limited private right of action currently exists in respect of criminal matters, but such action has been rarely initiated. Under section 36 of the *Competition Act*, a person may bring an action for damages (and costs) if the person has suffered loss or damage as a result of either: (1) conduct contrary to Part VI ("Offences in Relation to Competition"); or (2) the failure of a person to comply with an order of the Competition Tribunal or of another court under the Act. Accordingly, a right of private action for damages may arise in three circumstances:

[W]e do have a leverage problem in the context of a merger or in the context of an abuse-of-dominance inquiry, where the Commissioner's say-so often governs, particularly for parties who are in a small market and have difficulty looking at the current costs and time of a Tribunal proceeding. That is why it's important to streamline the Tribunal process. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

1. The Department of Justice successfully prosecutes a violation of a criminal provision under Part VI (conspiracy, bid rigging, price discrimination, price predation, false advertising, deceptive telemarketing, double ticketing, pyramid selling, or price maintenance).
2. After the Commissioner and a party have entered into a consent order, a court has issued the order, and the party fails to comply with it.
3. If an aggrieved party succeeds in a private prosecution.

Under current law, the Commissioner of Competition is the only party with standing to make an application for civil review before the Competition Tribunal. But this is about to change. After considerable study, the Committee amended Bill C-23 to allow private parties to have access to the Tribunal for resolving disputes on a limited number of civilly reviewable business practices: refusal to deal (section 75); and tied selling, exclusive dealing and market restriction (section 77).

One other way to bring more resources into enforcement and to get more jurisprudence is the issue of private actions and allowing standing for private actions before the Tribunal. [Donald McFetridge, Carleton University, 59:10:55]

Witnesses appearing before the Committee on Bill C-23 were generally supportive of amendments leading in this direction. The main argument against private access

was the potential for abuse in the form of "strategic litigation"; that is, legal action commenced not for the purpose of seeking a remedy to anticompetitive behaviour, but rather to gain an advantage over a competitor. The Committee, however, is satisfied that the safeguards included in Bill C-23 adequately address these concerns.

Throughout the Committee's hearings on the *Competition Act* there was broad agreement on the principle of granting private access to the Tribunal; there was less consensus on the relief that should be available. Many witnesses did support a right to claim for damages, yet others did not. The Committee therefore ran with the consensus it did obtain, proposing to limit the plaintiff to injunctive relief. As previously stated, the primary reason for denying claims for damages would be to discourage strategic litigation. In the longer term, however, we believe damages and fines will be necessary to realize effective enforcement.

I'd just point out that the costs for a plaintiff to bring a case to a conclusion are very substantial, and that is all the more an issue for small and medium-sized enterprises. So they most definitely will need to continue to use the Commissioner as the point of first contact on competition cases. I don't think private actions will be a solution to the resource issue, or indeed really to the accountability issue. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

The expected benefits of private enforcement differ slightly based on whom you believe. Some argue it will bring a litany of cases which the Bureau does not have the mandate or resources to pursue. Private enforcement will complement public enforcement and, perhaps, generate savings that will stretch the Bureau's current enforcement budget. Yet others believe it will bring only a very limited number of cases; however, these will be pivotal cases that will enrich our body of jurisprudence; bring more certainty into the law; and discourage anticompetitive behaviour that might otherwise slip between the cracks of law and practice.

The Committee believes that, with only injunctive relief as the carrot, private parties in most cases may only be exchanging the costs associated with the alleged anticompetitive conduct for litigation costs (hopefully less than $1 million per case on average with reforms in Tribunal processes). Indeed, if this scenario does in fact unfold over the next few years, it will very quickly become common knowledge across the business sector and Canada will be no further ahead. Rights with no value attached to them are but window dressing — something that, as many observers have described, has adorned Canada's antitrust Acts for too long.

Competition Bureau Resources

[W]hen the mandate itself was unfolding — and the mandate was not as broad as it is today — I can assure you the challenges that face one individual at the top of the Competition Bureau are such that ... they warrant consideration of a three-person body. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:15]

A number of witnesses suggested that the enforcement problems in competition policy being encountered by Canada are not solely the result of inadequate legislation, but also stem from a lack of sufficient enforcement resources allocated to the Bureau. Moreover, some witnesses claimed that the Bureau has staff retention problems due principally to low salaries compared to what some of its veteran staff could earn in the private sector doing similar work, or following other pursuits. In fact, these commentators identified a number of reorganization models to get around this recruitment and retention problem, but they failed to provide an assessment on any weaknesses from which these models are likely to suffer. The VanDuzer Report further pinpointed a shortage of, and consequently the need to acquire and develop, industry-specific expertise to complement enforcement officers and ensure that they can make accurate assessments in a timely manner. In these witnesses' opinion, learning on the job is not always efficient.

I would suggest that the Bureau cannot be effective ... without adequate resources in trying to administer a law of general application in an environment that is increasingly deregulated. They need the resources to act in a properly informed manner. That doesn't necessarily mean bringing many more cases. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:10:50]

However, the Committee is also aware that part of the enforcement problem over the past decade was the result of uncontrollable factors such as the deregulation and liberalization of transportation, telecommunications and energy sectors. Increased funding in this period did not match the increased responsibility that these developments imposed on the Bureau. A second uncontrollable factor was the unforeseeable merger wave, which, as a number of witnesses remarked, seems to be abating and is mostly behind us now. The Committee believes the Competition Bureau does need additional enforcement resources to fulfill its mandate in an effective manner and, therefore, recommends:

5. **That the Government of Canada provide the Competition Bureau with the resources necessary to ensure the effective enforcement of the *Competition Act*.**

Deterrence: Crimes, Fines and Jail

Probably the single most important enforcement instrument in Canada's competition policy toolbox is the

court fine. Unlike cease and desist orders that prohibit future use of a practice, fines levied by the Court have the dual purpose of punishing the assailant and deterring others considering the same anticompetitive activity. Jail time — which is also an important deterrence weapon — has played a relatively minor role. Together these enforcement instruments are used only in the most egregious criminal cases.

When we've had $150 million worth of fines under this section in the last few years, you need to be careful about saying that the law doesn't have sufficient strength. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:20]

In Canada, corporations or individuals found in contravention of the general conspiracy provision (section 45) may receive fines of up to $10 million per offence, and individuals can face up to a five-year jail term. These fines are among the most severe found in the world. Fines for bid rigging (section 47) are set at the discretion of the Court, which is not constrained by a maximum monetary penalty. On the other hand, an historical examination of actual fines assessed by the Court shows that they had not even come close to the maximum permitted; however, the most recent past is marked by a sharp increase.

In 1990, the Manitoba Court of Appeal held that the earnings of the accused are relevant in assessing a fine and promptly raised the initial fine from $100,000 to $200,000 in a case involving price maintenance (paragraph 61(*a*)) and gasoline distribution. In terms of bid rigging, eight flour milling companies were assessed fines totalling $3.4 million in 1990. Furthermore, the largest conspiracy case in Canadian history — an international cartel to fix prices of bulk vitamins — netted the government $91.5 million in 1999-2000. Finally, the aggregate data indicate that, since 1980, convictions in 32 cases under the conspiracy provision (section 45) yielded fines totalling $158 million; $14 million in penalties was levied under the foreign directives provision (section 46); and a further $8.8 million was levied under bid rigging (section 47). More than 80% of these fines were collected in the past two years alone as a result of guilty pleas by large multinational corporations engaged in global conspiracies.

When you think about the biggest multinational companies in the world coming and paying attention very closely, after the United States, to Canada, paying huge fines and having individuals pleading guilty to crimes in Canada, that is fairly remarkable. I think the Bureau is a very credible enforcer on the world stage on cartels. It has also done perfectly well on local cartel activity in Canada. It has sent people to jail. It has obtained convictions. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:55]

The Committee is pleased with Canada's recent enforcement record. Although we remain concerned that some conspiracies could possibly earn more than the $10 million maximum fine they would be subject to pay if

caught, the Bureau contends that the business community does not take these fines as a "licence fee" or as simply another cost of doing business.

CHAPTER 3: COMPETITION TRIBUNAL

Tribunal Organization and Composition

The Competition Tribunal was created in 1986 as part of the major reform of Canada's competition law that saw the *Combines Investigation Act* replaced with the *Competition Act*. The Tribunal is a specialized court combining expertise in economics and law that hears and decides all applications made under Parts VII.1 and VIII of the *Competition Act* (including merger review, abuse of dominance and other reviewable trade practices). It is an adjudicative body, operating independently of any government department, and is composed of not more than four judicial members and not more than eight lay members. Judicial members are appointed from among the judges of the Federal Court, Trial Division, while lay members are appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister of Industry.

You should look going forward at opening up the system to allow participants more access to the Tribunal. I find it hugely ironic that in an act devoted to competition the Commissioner has a monopoly or near monopoly on access [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

The Tribunal deliberates on complex questions of economics and law, and makes decisions affecting not only the rights and economic well-being of the parties, but having implications for businesses and consumers in Canada and abroad. In order to be able to adjudicate on these matters, the Tribunal is given the same powers found in a superior court of record, including the power to hear evidence, summon witnesses, order production and inspection of documents, enforce orders, and generally to do whatever is necessary to exercise its jurisdiction. Ultimately, these procedures serve one aim: to ensure that the Tribunal is able to gather the evidence it needs to make a just and correct decision on the facts of the dispute. The Tribunal does not gather evidence or facts; rather, it relies on the parties themselves (or more commonly, their lawyers) to collect and present the evidence it needs to make a decision. Parties adduce their evidence, each trying to prove their case. Parties are also given the opportunity to "test" their opponent's evidence in cross-examination. This system — known as the "adversarial" model — is used commonly by Canadian courts as well as by other adjudicative bodies.

By and large, most and virtually all of the experience of the Tribunal is on the part VIII side, in particular mergers. Remember, in the 1986 amendments mergers were decriminalized, put into the non-criminal section, and given into the exclusive jurisdiction of the Competition Tribunal. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:10]

[T]he Tribunal doesn't have a lot of experience. This body was created in 1986 and really started operating in 1987. The first contested case of mergers went in 1990. Now, we've not had that many cases. If you look at the experience of the United States or even the European Union, we don't have a lot of cases, so the significance of every case is magnified. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:10]

In the "adversarial" tribunal system, the Commissioner of Competition is one of the parties, initiating cases by making an application to the Tribunal. Therefore, the Tribunal and Bureau operate in a manner wholly independent and separate from each other. There is no sharing of resources or consultation on proceedings outside of the formal dispute resolution process. Indeed, this strict separation of functions is considered essential to preserve the integrity of the decision-making process. The Committee is aware that other jurisdictions (notably the European Union) employ a different model, one that fuses the role of investigator and adjudicator. The Committee is of the view that our current model is correct and appropriate, having regard both to the operational dynamics of our system of law, and to the requirements of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Moreover, the separation of functions in the adversarial system produces consistently good and just results. However, the system can be quite slow and procedurally intense. The proceedings are also frequently made more complex by the presence of multiple parties and interveners, as well as the need to consider interlocutory motions on issues of procedure. Contested proceedings often involve very complex issues of economics, i.e., determining market definition, market power, barriers to entry, etc. Parties will frequently retain many experts to address every facet of the economic debate. These experts may produce reports and may give evidence before the Tribunal that will be subject to cross-examination. At least in some measure, the high cost of proceedings before the Tribunal is attributable to what appears to be an increasing trend towards hiring more and more experts. Some witnesses, however, remarked on an increasing tendency of expert witnesses to advocate on behalf of their client, i.e., asserting conclusions of law, rather than limiting themselves to their proper role of assisting the Tribunal in arriving at correct findings of fact.

[W]hen we talk about truncating the procedures or having special procedures for the Tribunal, we should not forget that what we're dealing with is commercial litigation within a certain sphere. We have a lot of history in our courts, if not in our Tribunal, on how to manage those things, and we have various models, not only in Canada, but in other jurisdictions like the U.S., where they have started to manage commercial litigation more effectively and more efficiently. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

In a lot of the thinking about what sort of process we want to have in the Tribunal, there is typically an attempt to impose a full-blown traditional trial model. That kind of enforcement activity is not appropriate in a public law enforcement context. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

The Committee is particularly aware that the high cost of Tribunal proceedings may discourage small and medium-sized enterprises from bringing meritorious cases to the Tribunal. The Committee heard little evidence on costs awards, but the Tribunal appears to have broad discretion in this regard; in fact, the Tribunal need not award any costs in

a proceeding. Perhaps, the public would benefit from an expressed policy on costs awards. Accordingly, the Committee recommends:

6. **That the Competition Tribunal develop and articulate a policy to allocate costs in a fair and equitable manner having regard to the resources available to the parties to the proceeding. That such a policy consider the merits of exempting small businesses from liability for costs in Tribunal proceedings.**

I have perhaps been a lone voice in suggesting that this is a tribunal where judges have not played a helpful role in the sense that they have formalized and judicialized it. I would prefer to see a tribunal that really is administrative and that could make decisions more quickly on an expert basis. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

Many of the witnesses appearing before the Committee, both in the context of the study in June 2000 leading to the *Interim Report* and during our most recent roundtable meetings, expressed a measure of dissatisfaction with the Tribunal adjudicative process. At the same time, however, witnesses were quick to point out that the system is, on balance, a very good one, and not in need of major reform. The timeliness of interim relief as well as the time required to reach decisions were two problems identified. Furthermore, the costs of bringing a case to the Tribunal appear to many to be excessive, owing in some part, it seems, both to an overly procedural discovery process, as well as to the lengthy lists of expert witnesses the parties are permitted to call to give evidence.

Timeliness

With respect to the criticism that the Tribunal fails to provide interim relief in a timely way, the Committee anticipates that this problem will be addressed in great measure by the new powers conferred on the Tribunal in section 103.3 of the Act by Bill C-23. The new powers will permit the Tribunal to make an interim order to prevent certain anticompetitive practices. The legal test for the granting of the order is quite low — the Commissioner is not required to show that competition will be irremediably harmed, but merely that a person is likely to be eliminated as a competitor, or that a person is likely to suffer a significant loss of market share, revenue or other irremediable harm.

[O]ur ability to get good enforcement in the sense of formal proceedings does depend in part on streamlining and improving the Competition Tribunal proceedings without undermining the ability of people to make a defence for the particular activity they have. ... [A]n administrative tribunal, an expert tribunal, would be a much more useful structure. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

The Committee believes that granting any manner of relief — interim or final — merely on the grounds that a

[T]he Tribunal decisions have taken far too long. ... The most recent consent case, which was done with agreed statements of facts and a high degree of collegiality among counsel on both sides, took something like 18 months on a consent basis. It took 18 to 20 months on a merger. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

competitor is losing revenue (something which happens all the time, and which is not, in itself, evidence of any anticompetitive activity) represents a serious departure from the well-established and important principle that competition law aims at protecting competition, not competitors. However, the relief contemplated here is *temporary* and is meant to allow the Commissioner to prevent a competitor from suffering immediate and irreparable harm, i.e., being forced out of the market. So, although the interim order may, on occasion, result in inefficiency by protecting an uncompetitive competitor, this impact will, in any case, be temporary. The Commissioner or applicant will still be required ultimately to prove the substantive elements of the relevant section in order to get an order in the final result.

The Tribunal process needs to be streamlined and improved quite dramatically. ... There have been four contested mergers before the Competition Tribunal. The average time the Bureau has dealt with those transactions has been about eight and a half months ... [and] the average was 19 months from the start until the remedy. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

Still, the Committee is concerned that setting the bar for interim relief so low may prompt the Commissioner to seek interim relief in cases of questionable merit, with perverse results on competition. In a normal civil proceeding, this would be less likely to occur because the party who applies for the injunction does so subject to an undertaking that, if he loses the case in the final result, he will have to pay the damages accruing to the other person as a result of the injunction. This rule is designed to prompt the party seeking the injunction to take a hard look at the merits of the application. However, this important disincentive does not appear to exist in the *Competition Act*. Moreover, even if such a rule were implemented, it would not necessarily have the desired effect, since the damages payable by the Commissioner to the injured party would be payable out of government revenues, not out of the Commissioner's own pocket (as would be the case with a private litigant in normal civil proceedings). As such, the Commissioner has very little "downside" to seeking an interim order and there is little to make the Commissioner accountable for his decision to seek interim relief.

By having a rules committee, you don't have to have a wholesale set of rules drafted, which may take five years to do, because this is a complex area. You have an incremental process to move the rules along with the change in the law, with the change in procedures, with the change in technology that allows us to adapt to that. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:35]

In addition to the issue of the timeliness of *interim* relief, there is also the issue of the timeliness of *final* relief, the Tribunal's final order. In the case currently before the Tribunal involving the Commissioner's allegation of abuse of dominance by Air Canada, we see that interim relief was swift. The final resolution of the matter, however, appears to be a long way off. The Commissioner issued a section 104.1 order on 12 October 2000 and extended it for a further 30 days on 31 October 2000. The Tribunal

subsequently extended the order to 31 December 2000. The Committee is disturbed to learn that the hearing is not scheduled to commence until fall 2002. Justice delayed is justice denied. We believe that the resolution of this matter is important for all Canadians.

What has fuelled a lot of the acrimony in litigation before the Tribunal is the sense that there is an imbalance of information and power between the Commissioner ... and respondents ... This concern is very pointed at the moment, or will become so by virtue of the amendments to Bill C-23, because Parliament has seen fit to give the Commissioner the power to seek an interim order on very limited grounds, ex parte ... [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:09:45]

Procedural Fairness

Owing to its "high stakes" proceedings, the Tribunal aims to ensure that the procedures it implements are sufficient so that litigants receive the appropriate degree of procedural fairness. "Procedural fairness" refers to the rights and obligations that flow from a party's right to have "due process" (as it is called in the United States) in an quasi-judicial adjudicative setting. Procedural fairness, at a minimum, usually involves the right of a party to tell his story to an impartial (i.e., unbiased) decision-maker; and the right to expect that the decision-maker will act in accordance with applicable laws. If the decision-maker does not act according to his legal authority, then the party would have a right to apply to a court for judicial review (reconsideration of the issue by a court).

The lawyers always argue for more protections, more safeguards, more hearings, and more redeterminations. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

The essential question of procedural fairness is: how far does it go? Does it permit the rule maker (in this case, the Tribunal) to make rules limiting the scope of examination for discovery, or the time to complete it? What about time limits on presenting one's case? Or limits on the number of expert witnesses one can call to give evidence? Indeed, can "corners be cut" at all without prejudice to the rights of parties?

By providing the appropriate degree of procedural fairness, the Tribunal aims to ensure that parties appearing before it are able to present their case adequately. Traditionally, each party has the right to determine how best to present its case; courts are generally reluctant to intervene unless it is absolutely necessary.

Whichever side of a case we're on, we can be unhappy. We always do that in the courts, but nobody has ever suggested we abolish the courts or limit the powers of the courts in their area of jurisdiction. We seem to have a tendency every time somebody doesn't like a decision of the Tribunal to immediately say, gee, now shouldn't they do something less? [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

When it comes to the question of procedural protection, there cannot be said to be any definitive answer to the question: "how much is enough"? As a general rule, the "higher the stakes" for the parties, the higher the degree of procedural protection to which they should be entitled.

The Tribunal, like any court, should have the flexibility to manage its docket as it sees fit. That is what the Tribunal has at this point, albeit there seems to be an ever-increasing desire to put fixed time limits around various activities in the pre-litigation phase. But that discretion to determine the appropriate balance between expedition and fairness should be left with the Tribunal going forward. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:09:45]

For example, proceedings which could lead to jail time would attract the highest degree of procedural fairness (that of a criminal court, with the criminal procedures, rules of evidence and a "beyond a reasonable doubt" burden of proof). At the other end of the continuum, small civil matters (such as licensing decisions) would warrant a lesser degree of procedural protection. However, "small stakes" for a large firm may, in fact, be very "large stakes" for a small firm. For that reason, procedural protections must also address the concerns of small business.

Questions of "how much fairness is enough"? seldom admit easy answers. As an example, it would seem reasonable to suggest that a person is entitled to be put on notice if a legal proceeding is commenced against him. It offends our sense of justice to think that a court proceeding could take place — and an order made against a person — without that person having any notice or chance to respond. Indeed, the right to notice is an important principle often reiterated by civil courts. For that reason, courts generally permit applications without notice (*ex parte*) only in exceptional circumstances.

The difficulty is if we insist too much on this full due process system, which takes tremendous time, and for which we have this judicial model ... [S]ometimes you wonder, is this process really designed to get to the truth? If we could solve that side of things, that would go a long way to dealing with questions of independence and so forth. [Margaret Sanderson, Charles River Associates 59:12:00]

But when we pursue the idea of the "right to notice" a little further, it becomes less clear. First, giving "notice" of a proceeding is meaningless if the person being put on notice (the respondent) can do nothing to influence the outcome of the proceeding. For the notice right to have any kind of meaning or purpose, there must at least be some opportunity to affect the outcome of the proceeding. This is done by permitting the respondent to challenge the evidence upon which the applicant seeks to rely. But to do that, the defendant will need to have some way of "discovering" the applicant's case, and so the discovery process becomes necessary. And what will be done if one party refuses to disclose the information the other requests? There must be some way to compel the parties to disclose their documentary evidence. Also, there must be a procedure in place to allow the parties to settle disputes over the proper procedures to apply in a proceeding. This is done by way of motions. Each of these motions must be properly resolved on their merits. Furthermore, the respondent should be given the opportunity to present evidence on his own behalf, and this will likely involve hiring expert witnesses. In this way, the simple right to notice may develop into an extensive set of procedural and substantive entitlements. The adversarial

process produces results that are consistently fair and just, but frequently at very high cost.

Out of consideration for principles of procedural fairness, the Tribunal aims to provide more, rather than fewer, procedural protections. This means that parties are generally given the time they need to complete the proceeding "in the fullness of time," without strong direction from the Tribunal. As well, parties will often agree to timetables for dealing with cases, production of documents, etc., and these time frames may be quite lengthy in complicated cases.

Case management also means limiting witnesses. You might be interested to know that in the Microsoft case ... they had only 24 witnesses and the decision was 46 pages long. The Superior Propane case that you've heard about a lot had 91 witnesses and a 109-page decision. I think, frankly, that's reflective of something short of aggressive case management. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:35]

Case Management

The Committee shares the concerns of those who complain that Tribunal proceedings are long and expensive. Commentators focused on several areas where procedures could be improved:

- the time in which the steps in the proceeding must be completed;
- the time allocated for, and the scope of, examinations for discovery; and/or
- the amount of expert evidence the parties may adduce.

The Tribunal currently has authority, under section 16 of the *Competition Tribunal Act*, to make general rules (subject to the approval of the Governor in Council) regulating the Tribunal's practice and procedure. Those rules currently exist in the *Competition Tribunal Rules*,[11] which set out a complete code of procedure for the adjudication of disputes before the Tribunal, including the substantive steps the parties must complete and the time within which the steps must be completed. The steps in the proceeding include the exchange of pleadings, discovery, the pre-hearing conference, granting of interim relief, applications by interveners, interlocutory motions and the hearing itself.

Frankly, many of my colleagues ... fought tooth and nail, saying, "Well, that's not justice. Justice means you can have as many witnesses as you want, you can plead as long as you want, and you can get whatever adjournments you want." I think the hesitancy on the part of the Tribunal to do more is because there's this view of a private bar to say the model is like court. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:12:20]

11 SOR/94-290 as amended SOR/96-307; SOR/2000-198.

The tendency is always to say, well, let's tinker with the Tribunal process rules, and hopefully that will solve the problem. That's not always the case. That can help, but there also has to be aggressive case management on the part of the Tribunal as well. By way of example, a recent case, one of the many involving Air Canada, was adjourned for six months without any reasons being given. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:30

The Tribunal is aware of these criticisms and has made, and continues to make, constructive efforts to address them. Most notably, the Tribunal established a Tribunal-Bar Liaison Committee in 1997 comprised of Tribunal members, members of the Competition Law Section of the Canadian Bar Association and the General Counsel of the Department of Justice's Competition Law (who represents the Commissioner of Competition). The Liaison Committee reviews Tribunal procedures to determine how they might be refined and improved. At the time of drafting of this report, a number of procedural improvements are anticipated. One set of procedures will replace The current discovery process — traditionally the part of the process that takes the most time and results in the most interlocutory litigation — will be replaced with the following set of procedures:

- a reciprocal obligation upon the parties to deliver a disclosure statement setting out a list of the records upon which they intend to rely at the hearing;
- "will say" statements of non-expert witnesses who will be appearing at the hearing;
- a concise statement of the economic theory in support of the application.

Moreover, the new procedures will permit certain information provided by the respondent to be read into evidence rather than having the witness testify.

I would urge that the Tribunal continue to maintain a broad and flexible discretion to manage cases in both the parties' and the public interest. I am concerned about the attempt by the rules and by members of the Tribunal to think that this can be done by fixed rules, which mostly relate to the timing of when things should be filed and the like. In my judgment that is simply tinkering at the edges of substance. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

Equally important, the new procedures will depart from the traditional model of permitting each party to adduce all of its expert evidence in turn. Instead, the Tribunal will group experts on a particular issue together in panels. Each expert will make a statement setting out his opinion, which will then be subject to cross-examination by the other experts, rather than by their lawyers. Counsel will still have the right to question experts in a limited manner. Apparently, this approach has been used in Australia with some success reported.

The Committee is also aware that the Tribunal-Bar Liaison Committee is preparing a discussion paper to explore the possibility of creating similar rules with respect to mergers. These amendments would relate to electronic filing and hearing, attempting to limit the number of witnesses to

be called at the hearing, and the introduction of time limits (four months or less from the date of filing of the notice of application) for the issuance of reasons and orders by the Tribunal. The new procedures are aimed not only at reducing the time for the matter to be resolved, but also to bring a greater degree of certainty to the proceedings, which will ultimately benefit the parties in conducting their affairs.

In my judgment, the Competition Tribunal is now managing its caseload very effectively, and recent litigation before the Tribunal evidences that. That's not to say that there won't be long cases in the future; indeed there will be. If there are, I don't believe this committee should engage in hand-wringing over that process. It's in the nature of litigation. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

The Committee commends the Tribunal for its timely and thoughtful reforms, and encourages it to continue the process. However, the Committee cautions that any contemplated limits on the right of a party to present its case fully and fairly must always be approached with special consideration for established principles of fairness and justice. Restricting the number of witnesses that a party may call, for example, or the amount of time within which the party must complete their submissions, always runs the risk of creating the reality or appearance of injustice.

The Committee has assessed several possible options to address the issue of perceived shortcomings in Tribunal proceedings. We could, for example, recommend that the government amend the *Competition Tribunal Act* to impose procedural limits on Tribunal proceedings; or we could recommend that the government amend the Act in order to require the Tribunal itself to change its rules to create limits on its proceedings.

[Y]ou have to be able to say to the parties, "I want experts on this issue and this issue, and you'd better file experts in this area," instead of saying, "You do what you want, you do what you want, and then you can reply and you can reply." That is not case management in this area. This is one where you have to be extremely aggressive, running the case from the first day it comes into the Tribunal. The Tribunal can do that without amendment to the process. Every time you have amendment, it leads to more jurisprudence about what it really means. The framework is good enough for the Tribunal to make these changes. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:12:20]

The Committee, however, believes the first option is problematic for several reasons. The Committee has no direct experience with, and no particular expertise in, the conduct of Tribunal proceedings. Furthermore, the *Competition Tribunal Act* clearly anticipates that Parliament originally intended for the Tribunal to determine its own procedures, and it appears to be actively engaged in doing so. For these reasons, the Committee does not find that there is a compelling reason to depart from this model.

The second option would impose an obligation on the Tribunal to make rule changes, but would leave the consideration of how exactly to do so in the hands of the Tribunal. Again, however, it is clear that the Tribunal already has the necessary authority under its statute to

impose case management procedure, and is actively considering ways of doing so.

[A]s we strengthen the Tribunal process and improve the adjudication mechanism through the Tribunal, we should not at the same time give the Commissioner powers to avoid the Tribunal. I think the interim injunction provisions that have been granted to the Commissioner in the context of airlines are a special case, but if one wants to have separation of investigation and adjudication, one should have a revitalized Tribunal. It doesn't help to give, at the same time, the Commissioner powers whereby he can avoid the Tribunal. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:12:30]

Ultimately, the Committee believes that the Tribunal is in the best position to enunciate the rules governing its procedures. For that reason, the Committee recommends:

7. **That the Competition Tribunal, in consultation with the Tribunal-Bar Liaison Committee, continue its ongoing review of procedures with the aim of creating an adjudicative system that will ensure "just results" in an expeditious and timely manner. Such procedures should aim at reducing parties' costs, as well as the time required, in bringing contested cases to a conclusion while, at the same time, continuing to ensure that due consideration is given to principles of procedural fairness and the appearance of justice.**

Balancing the Incentives: Damages, Court Costs and Fines

I believe that administrative penalties and damages are something that are necessary to make our Act effective. Currently, abuse of dominance is a provision that can be read this way: do it until you're told not to. And what's the cost of that? The advice we have to give is that it's not unlawful until the tribunal says so. Of course, the clients can potentially read into that, do it until they say no. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:09:35]

The relief available to a prospective applicant is a critical factor in determining whether to proceed with a case to the Tribunal. Although, with the adoption of Bill C-23, the right to bring a private action before the Tribunal will exist in a limited sense, the incentives contained in Bill C-23 are clearly designed more to discourage than to encourage the applicant to commence private proceedings. The absence of any remedy of damages is the most obvious incentive against litigating cases. Denying the plaintiff what would be, in most civil cases, the most important available remedy might reasonably be expected to have an impact on the decision of whether or not to start an application, i.e., is the remedy (an order) worth the time, effort and expense? The possibility of damages awards is also an important deterrent to anticompetitive behaviour. Currently, the only relief available to the applicant is a cease and desist order of the Tribunal, or in some cases, an order for divestiture. But there is no right to sue for damages.

The right to sue for damages is a fundamental right accorded to plaintiffs in civil proceedings throughout the world. It is an injustice that applicants in Tribunal proceedings should be denied the same fundamental right as any other litigant to claim restitution for the losses they have sustained as a result of another person's anticompetitive conduct. The ostensible reason for the policy is that providing a damages remedy would lead to a rash of litigation, as has been the case in the United States and that this, in turn, would cause business to leave Canada, oppressed by the high cost of defending vexatious lawsuits.

But unless we have significant penalties, we have no teeth in these provisions. We simply litigate, and litigation can be a tool in itself to draw things out until the damage is done, until the competitor disappears from the landscape. Only with the threat of significant penalties with these sorts of provisions will we have true deterrents in our economy. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:09:35]

The Committee is fully aware of the many differences that exist between the Canadian and U.S. approaches to antitrust enforcement, and we are of the view that the differences are so fundamental that no meaningful comparison can be drawn between the two. In addition to permitting treble damages to the successful plaintiff, the U.S. approach also contains other incentives to encourage litigation including, for example, civil jury trials and costs awards that overwhelmingly favour the plaintiff. For that reason, the Committee is firmly of the view that there is no merit to the argument that creating a right of damages in Tribunal proceedings would have an adverse impact on the business environment. In fact, quite the opposite could occur. Creating a fair system in which all persons and enterprises are able to protect their rights and economic interests would tend to attract investment, not drive it away. This conclusion is supported by the United States experience where, despite having the most litigious antitrust regime in the world, investment still flocks to the business environment of the United States ahead of any other in the world.

[A]dministrative penalties and damages to parties that are harmed. Without that, we don't have teeth in this legislation for important reviewable matters. If you put a company out of business today, all that will be said to you is, you shouldn't have done it. That's not a good enough deterrent. If you're going to abuse your dominant position in this country, you should be called to pay for damages to the party, costs for the proceedings, and penalties because the public interest has been affected. We need those teeth. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:10:45]

Moreover, the argument is not borne out by the experience of ordinary civil courts in Canada. Our courts routinely assess and awards damages in civil cases, and there is absolutely nothing to suggest that the availability of the remedy has led to a rash of strategic litigation in those venues. For the same reason, there is nothing to support the position that permitting applicants to claim for damages before the Tribunal would result in a significant increase in litigation, particularly if the relief is limited to "single damages," i.e., the actual provable loss. The threat of strategic litigation would also be kept in check by the

Tribunal's new cost rules, as well as its power of summary dismissal and to refuse leave to commence an application.

As we note from the area of hard-core cartels, even a $10 million fine may not suffice. I know when I was at the Competition Bureau, when we were looking at a particular case, we calculated the overcharge to be hundreds of millions of dollars, so even a $10 million fine in that particular case, had it gone forward, would have been a mere fraction of the profits. If you're going to introduce an administrative monetary penalty for abusive dominance, I think you really want to give the Tribunal the greatest flexibility by allowing it to impose a penalty at its discretion. That will enable it to set the penalty at any level. [Paul Crampton, Davies, Ward. Phillips & Vineberg, 65:10:55]

The Tribunal is composed of very experienced members of the judiciary and experts in economics, who certainly have the necessary expertise to assess damages. The Committee does not recommend under any circumstances the consideration of treble damages, such as are available to litigants in the United States, and which is said to have led to the growth of a massive antitrust litigation industry in that country.

Until claims for damages are permitted under the *Competition Act*, it is likely that the balance of litigation incentives in the Act will remain less than optimal. Some good cases likely will not be brought given no possibility of recovering damages. These would-be applicants will simply decide that the limited injunctive relief available from the Tribunal is just not worth the high cost of pursuing a case to hearing. Accordingly, from the perspective of the applicant, there is a good argument to be made for creating a right to sue for damages.

Historically, Canada's antitrust legislation has been principally concerned with the public interest in competition as opposed to the private interests of individual competitors. If you amended the legislation ... to afford a litigant the right to damages, I think the implications would be quite profound ... I think inevitably where you would end up is that the Tribunal would become a court like any other, only it would be a specialized court. So a lot of thought has to be given on whether it is in the public interest to migrate the legislation in that direction. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:55]

Moreover, damages would provide excellent deterrence. The possibility of being liable for damages would certainly provide additional incentive for dominant firms to refrain from anticompetitive practices by raising the potential cost of embarking on such a course. Increasing compliance with the Act would, of course, also relieve the Canadian taxpayer of some of the expense of having the Bureau solely responsible for enforcing the Act. Currently, there is little disincentive to a dominant player from abusing its market power. The abusive firm knows that the worst that will happen is that, at the end of the proceeding, it will be ordered merely to cease and desist the anticompetitive behaviour, and perhaps to pay a portion of the applicant's legal costs. It will not be required to pay damages, no matter how much its victim or victims may have lost. Compare this, on the other hand, to the enormous profits that the abusive firm may realize while the case is before the Tribunal. The absence of damages creates a very strong incentive for the abusive firm to prolong the litigation; doing so will, of course, raise its legal costs somewhat, but it will not increase its exposure in the much larger area of damages. In the meantime, the victim of the conduct will continue to suffer losses (and will thus be under increasing pressure to settle

the case), while the abusive firm will continue to realize its ill-gotten gains, without any concern of ultimately having to pay damages to its victim.

With the adoption of Bill C-23, the Tribunal will now have the authority to award court costs to a successful litigant. This is also expected to have an impact on the prospective applicant's decision of whether to take a case to the Tribunal, although it cannot be said to be a strong incentive either way. The spectre of having to pay a successful defendant's cost would tend to deter an applicant not strongly convinced of the merits of his case, certainly as much as the prospect of recovering costs would tend to encourage it. Furthermore, at least some cases, it is anticipated, will not obtain the leave of the Tribunal required to bring an application under sections 75 and 77, which is another possible disincentive to commencing an application.

The Committee also found considerable support among witnesses for giving the Tribunal the authority to levy administrative monetary fines as a further deterrent to egregious anticompetitive conduct. Although the threat of damages is certainly an effective deterrent, fines would be a useful additional remedy in situations where: (1) an award of damages would not, in itself, be a sufficient deterrent; (2) the victims of the conduct could not be easily ascertained, for example, where the loss has been shared by a large number of consumers; or (3) where the losses of each is too minimal to make a damages award a practical remedy.

Administrative penalties, in order to have any effect, would have to be large enough to deter anticompetitive behaviour. In fact, to deter the conduct in the future, the penalty must be greater than the profit that the abusive firm might realize as a result of its anticompetitive conduct. For that reason, there should be no ceiling placed on the size of the potential fine that the Tribunal might levy. The size of the fine should be left to the discretion of the Tribunal, having regards to the profits realized by the abusive party and such other factors as it considers correct in the circumstances of the case.

I think some real benefit can be derived from looking at other case management models where a judge is assigned not only to schedule, but to manage what issues are coming forward before theTribunal. We have, I believe, a very good example in the commercial list in Toronto....There are judges, typically six at a time, who are assigned to the list — three fairly permanent members, and three members who are rotated in every six months. It has a specific protocol in dealing with commercial litigation, and a very tight case management system, where a judge not only manages all of the pre-trial hearings, if you will, but also enforces that the parties go through methods of mediation, typically before they get to a trial. ... Effective case management by a judge *... is something that would, I believe, definitely assist our procedures in terms of the Tribunal.* [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:09:25]

I think there is a need to review the whole scheme as to what we're trying to do ... [I]n Bill C-23 there's now a penalty of $15 million in the airline situation. I think that's too hasty. I appreciate there are all sorts of political considerations, but ... you need to look more generally at what principles you want enshrined in the act to deal with reviewable matters. ... [I]t's not a question of what we can do to stop the big business. When you have these penalties in place, they will apply equally to smaller businesses. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:10:15]

When ... we take a holistic approach and think about the institutional structures and the incentives that are put in place ... that will go a long way towards dealing with some of these cost concerns. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:25]

Accordingly, the Act must provide the optimum mix of incentives to promote compliance with the Act and to encourage meritorious cases to come forward. The Committee was presented with two options:

1. That the Government amend the *Competition Act* to permit the Tribunal, in addition to the other remedies available to it in civil proceedings, to order the compensation to a party in the form of a damages award, and to levy administrative monetary penalties under section 79 as a deterrent to anticompetitive behaviour and the just and expeditious resolution of Tribunal proceedings.

Parliament should ask itself, how much of the public resources we have to allocate amongst many valuable objectives can we afford to put into this kind of adjudication? [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

2. To wait and see the impact of Bill C-23 reforms (i.e., private access, hearing of references) on the operation of the Tribunal and its procedures.

It is not clear whether the creation of the new right of private access, as well as the Bureau's new procedures to hear references and to summarily dismiss applications, will actually achieve the desired objective of encouraging positive litigation. The Committee is not convinced that these narrow reforms will, in themselves, strike the right balance. For this reason, the Committee recommends:

We just have to open up to the possibility of allowing private actions, possibly including damages or at least cost awards for some of these other offences. [Tom Ross, University of British Columbia, 59:12:45]

8. That the Government of Canada amend the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act* to extend the private right of action in the case of abuse of dominant position (section 79) and to permit the Competition Tribunal to award damages in private action proceedings (sections 75, 77 and 79).

Jurisprudence — Bringing Cases

[W]e should be focused on ... what are the right, economically sound designs of the law, and the jurisprudence should follow. [Neil Campbell, McMillan Binch 59:12:15]

There was a broad consensus among witnesses that simply not enough cases are being brought to the Tribunal. This is not to suggest that litigating disputes is to be encouraged for its own sake; however, bringing cases to the Tribunal will lead, over time, to the development of judicial interpretation that will ultimately serve to clarify the meaning of, as well as improve compliance with and enforcement of, the Act. The challenge for lawmakers is to create a system in which good cases (i.e., cases with merit) may be brought.

At the same time, we must be careful that we do not encourage frivolous, vexatious or strategic litigation.

Why would one bring an application to the Tribunal as a private litigant if you can convince the Commissioner to make an ex parte application to stop your competitor from doing what it is doing in the marketplace? Why spend your money when you can spend the money of the public ...? [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:09:45]

The Committee is satisfied that the new Tribunal powers created by Bill C-23 are well designed to discourage frivolous litigation. However, whether the reforms will function to encourage good cases to come forward is far from clear.

Many disputes will undoubtedly be resolved by the Tribunal's new power to hear references.[12] At the same time, it is reasonable to anticipate that some cases will be dealt with summarily under the Tribunal's new powers of summary judgment. Cases obviously devoid of merit will be "stopped at the gate" by the Tribunal's right to deny leave to commence the application.

Parliament has surrounded this right of public access with a number of fences ... and it remains to be seen whether it's practicable and will be used. ... [I] don't see the incentives there particularly for a private litigant to proceed ... [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

The Committee expects that the new right of private access to adjudicate disputes under sections 75 and 77, created by Bill C-23, will add to the Tribunal's caseload, as private individuals look to the Tribunal for protection from anticompetitive business practices. However, owing to the non-availability of any remedy in damages, the Committee does not anticipate the flood of litigation that some opponents of private access have predicted. Still it is anticipated — indeed, hoped — that stakeholders will use the legislation in good faith to assert their rights before the Tribunal and protect their civil rights and, more generally, to protect healthy competition.

We all benefit from having a reasoned decision. Not only will the complainant benefit, members of the public will benefit by understanding the way the Bureau is applying the law in a particular situation. You get an accountability benefit from seeing what the Bureau has done or has not done. [Neil Campbell, McMillan Binch 59:11:25]

On the subject of references, the Committee heard several criticisms of Bill C-23. That bill contemplates that the Commissioner alone, or both parties if they agree, may direct a reference to the Tribunal on a question of law, mixed law and fact, jurisdiction, practice or procedure. The Commissioner may, of his own accord, refer these matters (except for a question of mixed law and fact), but a responding party may not. The Committee does not find

---

12 The Tribunal will be able to hear references on questions of law, mixed law and fact, jurisdiction, practice or procedure in relation to the application or interpretation of Part VII.1 (*Deceptive Marketing Practices*) or Part VIII (*Matters Reviewable by the Tribunal*), whether or not an application has been made under those sections. Similarly, the Commissioner may, of his own accord, refer a question of law, jurisdiction, practice or procedure (but not of mixed law and fact) in relation to the application or interpretation of Part VII.1, VIII or IX (notifiable transactions, i.e., mergers).

In private litigation, the parties have the freedom to spend as much money on their cases as they think their interests bear, so there's a natural competition in spending money on cases. Part of the resistance to the bureau bringing more cases has been the amount of money they consume. This is simply saying that the process becomes a kind of pearl without price. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

any compelling policy justification for this apparent inequity and the Committee, therefore, recommends:

9. That the Government of Canada amend section 124.2 of the *Competition Act* to permit a party to a contested proceeding under Part VII.1 or VIII to refer to the Tribunal a question of law, jurisdiction, practice or procedure in relation to the application or interpretation of Part VII.1 or VIII.

Tribunal Resources

I think there is a general support for the idea that Tribunal proceedings should start and finish in six months, including a four-month period for adjudication and two months to write the decision. My sense is that the Tribunal itself is predisposed to pursue that and obviously requires the cooperation of the parties as well as sufficient resources. I understand one of the problems with delay in the past has been that there have been insufficient judicial resources. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:25]

The Committee heard little evidence on the adequacy of the Tribunal's resources. However, some witnesses did point to a shortage of economist members in some cases, and this has reportedly resulted in occasional delays in cases proceeding in a timely fashion. We anticipate that the Tribunal's current budget may need to be increased in order to deal with cases brought by private parties after the adoption of Bill C-23. How many new cases will result remains to be seen. At the same time, it is possible that the power to grant summary judgment and to hear references may result in a greater number of cases being resolved short of a full-blown hearing, and this may result in some saving of resources.

I do not think just throwing more money there will solve the problem. If we kept the model we have today ... you can have a situation such as the Superior Propane case where the Commissioner can lead ten economists as experts. ... I think we have to change this process, or the quantity of resources that will have to be devoted to it ... [W]hat the general taxpayer would view is a reasonable allocation, given competing and highly desirable goals for government policy. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:12:35]

In any case, the Committee is of the view that the Tribunal itself is in the best position to determine its resource requirements and that the current budgetary process provides the means to address this issue. For this reason, the Committee does not feel the necessity to comment on the adequacy of the Tribunal's current budget. The Committee intends to monitor the operation of the Tribunal as part of our oversight of the operation of Canada's competition law framework.

The *Competition Tribunal Act*

The Committee heard that subsection 12(1) of the Act, as it is written, does not reflect current Tribunal practice. That section states that questions of law shall be determined

only by the judicial members, while questions of fact or mixed law and fact shall be determined by both judicial and lay members.

Distinguishing questions of law from questions of fact or mixed fact and law often presents difficulties, particularly in a statutory regime that is driven by market forces. The Tribunal, in its practice, does not preclude lay members from expressing opinions on questions of law. In one case, in fact, the appeal court affirmed the dissenting opinion of a lay member on an issue of the Tribunal's jurisdiction.

One area that in my judgment would add a lot of accountability, particularly in merger cases, is if a merger is before the Tribunal the reference power that exists in Bill C-23 should be amended to permit the respondent to bring an application to the Tribunal for a ruling on a summary point ... If the respondent ... had the power to go to the Tribunal and say, "this is wrong, this is outside the mandate of the Commissioner in these circumstances, and you ought to do something about it", that would have a very healthy disciplinary effect on the exercise of discretion ... [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

The Committee believes that there is no compelling reason to maintain the artificial and somewhat unwieldy distinction between questions of fact and question of law or mixed fact and law in Tribunal proceedings. Accordingly, the Committee recommends:

10. That the Government of Canada amend section 12 of the *Competition Tribunal Act* to permit questions of law to be considered by all the members sitting in a proceeding.

Automatic Right of Appeal

Section 13 of the *Competition Tribunal Act* creates an automatic right of appeal[13] from any decision or order of the Tribunal, including interim (temporary) orders.[14] One exception exists to this automatic right of appeal: an appeal on a question of fact alone may only be brought with leave (permission) of the Court. This approach reflects a principle known as judicial deference. It is based on the notion that the Tribunal, with its specialized expertise and full hearing of the evidence, is in a better position than the appeal court to determine evidence-based findings of fact. But should the idea of deference extend to questions of law as well?

Judicial members have the exclusive right to decide on questions of law and then all other questions decided by the entire panel. ... [I]t's a bit awkward for the Tribunal to operate in that way ... in reality the Tribunal members probably look at everything together [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

---

13 To the Federal Court of Appeal.

14 However, section 103.3 interim orders (created by Bill C-23) would not be reviewable.

Right now there is an automatic right of leave to appeal except on questions of fact. I know of no skillful lawyer who can't at least make a question of mixed fact and law to launch an appeal. This, I think, unnecessarily delays the adjudicative process, given that the purpose of the Tribunal is to be a specialized Tribunal. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

Judicial members of the Tribunal are judges of the Federal Court. It is evident to the Committee that, with such a depth of legal knowledge and experience, the Tribunal warrants a very high degree of deference on matters of law. Moreover, it has been clearly shown that lay members of the Tribunal can, and do, comment meaningfully on issues of law in Tribunal decisions. For this reason, the Committee believes that the principle of deference should extend to the Tribunal not only in questions of fact alone, but equally in questions of law of general application and laws specific to competition proceedings.

It is important to be clear that requiring a party to obtain leave to appeal does not deprive the party of its right to appeal. It simply requires that the appellant first convince the Court of Appeal that there is sufficient merit to the appeal to warrant a hearing. The Court of Appeal might, if it finds no merit in the appeal, summarily dismiss it without the necessity of going through a full appeal proceeding. In this way, many proceedings might be abbreviated without sacrificing principles of procedural fairness. Accordingly, the Committee recommends:

It is not good for the system to have a very prolonged period for adjudication of appeal and subsequent appeal because, certainly in the merger context, very few mergers will be held up. That is, mergers that were not completed would not wait. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

11. That the Government of Canada amend section 13 of the *Competition Tribunal Act* to require that an appeal from any order or decision of the Tribunal may only be brought with leave of the Federal Court of Appeal.

CHAPTER 4: CONSPIRACIES AND OTHER HORIZONTAL AGREEMENTS

The Organizational Continuum

Cooperation among competitors is a double-edged sword. On one hand, it may offer prospects of economic benefits; on the other hand, it may bear the costs of dulled competitive performance. The economic benefits develop from the synergistic effects when individuals and organizations with different competencies and resources are brought together. More specifically, such collaboration may: (1) result in new and less costly production processes; (2) facilitate the attainment of scale and scope economies; and/or (3) lead to a more efficient allocation of resources or improved product quality. A typical example in today's knowledge-based economy would be the combining of research, development and marketing resources of two or more firms to reduce the time needed — as well as risk exposure — to develop and bring new products to market. An additional social benefit would be the elimination or mitigation of duplicative work and facilities. Unfortunately, sometimes these benefits accrue, in part, to a market sharing or a coordinated pricing agreement needed to make such cooperation profitable. This may lead to, in varying measure, restricted supply, higher prices, less product selection and/or less-than-optimal product quality. Hence, an intricate weighing of economic factors is required to offer a definitive conclusion on the ultimate impact of such cooperation.

In many cases, a strategic alliance is just a contractual joint arrangement similar to a merger. It may be dictated by tax considerations rather than any particular overriding purpose in having a contractual arrangement. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

It's also reasonable to think about these arrangements between firms that fall short of mergers but are not hard-core cartel behaviour, like many strategic alliances and joint ventures. There's ... [the] example of a joint venture to develop a vaccine. A lot of these arrangements are wonderfully efficient on the one hand, but pose some certain competition challenges on the other. They need a more sensitive, nuanced evaluation of the sort we give to mergers. [Tom Ross, University of British Columbia, 59:09:30]

At the outset, one should be aware that such cooperation could take several organizational forms. It can be purely contractual, purely combinational, or it can be located anywhere between these polar opposites. The Committee will, for simplicity, include the diverse set of business relationships on this organizational continuum

under the term "strategic alliance."[15] This integration can be contrasted with that of a merger or acquisition of assets or capabilities.

There are many agreements that incidentally affect prices or incidentally affect customers but are not in essence price-fixing agreements. If you stick to prohibiting agreements to fix prices, i.e., agreements the object of which is to fix prices, as opposed to agreements that simply affect prices as an ancillary matter, you'll get much closer to truly hard-core criminal behaviour. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

Public concern over cooperation among competitors, when it is simply a veil for a cartel, begins to rise not only because it potentially redistributes income (from buyers to sellers) in a covert way that is tantamount to fraud, but it may also reduce economic efficiency as resources are misallocated in the economy. Indeed, such monopolization results in lower economic welfare and is, therefore, deemed to be a crime against society. However, a thorough competitive effects review would ensure that both types of cooperation, whether a merger or strategic alliance, receive similar treatment because neither can a priori be categorized as pro-competitive or anticompetitive.

Theoretically, a strategic alliance that is not what competition specialists call a "naked hard-core cartel" may be afforded criminal or civil treatment under Canada's *Competition Act*, even though it may be strictly pro-competitive and restrict competition only in an ancillary way. Law enforcement may proceed by way of a criminal trial under the conspiracy provision (section 45) or by way of a civil review under either joint dominance (section 79) or a merger (section 92). Uncertainty abounds on the possible course to be taken, but a strategic alliance would meet the public policy ideal of a "level playing field" with respect to that of a merger only if it received a section 92 through 96 review. Unfortunately, as many witnesses told the Committee, a strategic alliance may be inadvertently swept into section-45 treatment, where criminal law is not well suited to judge it. Specific court deficiencies in a section 45 case are:

It's somewhat odd that if two firms or competitors get together in a merger, they get a civil review where they get to talk about efficiencies, and there's a kind of cost-benefit evaluation of the proposal, yet if they do something less than a merger, they're subject only to criminal law, and people can go to jail and pay fines. [Tom Ross, University of British Columbia, 59:09:25]

- the absence of specialized expertise in the criminal courts;
- the tendency of structural considerations (market share or concentration) to dominate the very limited analysis;

---

15 In the past few decades, the business sector has preferred the strategic alliance, which usually takes the form of a joint venture, to that of a full-blown merger because this form involves fewer financial trappings associated with increasing integration. These horizontal agreements typically provide for formal supply arrangements, access to technologies and specialized expertise, distributional channels and customers (particularly in foreign markets where there are trade barriers), capital funding, risk sharing, and/or collaboration on research and development.

- the lack of consideration given efficiencies or innovation; and
- the limitation of sanctions to fines, in the absence of behavioural solutions.

I don't think the strategic alliance bulletin provided the comfort the business community was looking for, because it was very evident that there is an overlapping potential application of not only the merger provisions but also the criminal provisions of section 45 ... and even joint dominance provisions. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:20]

A "chilling effect" on pro-competitive strategic alliances results, and the Committee intends to provide a solution to this design flaw. However, before doing so, the Committee will review and address the circumstances that have led to the over-inclusiveness and under-inclusiveness of the conspiracy provision.

History of the Legal Treatment of Conspiracies

The prohibition against horizontal agreements (i.e., between competitors in the same product market) to fix prices, allocate markets and/or restrict the entry of competitors has been a central feature of Canada's antitrust Act since 1889. However, for most of the original Act's history, the prohibition was ineffective due to the presence of the word "unlawful" and the lack of a permanent investigative and enforcement body. Between the *Combines Investigation Act* of 1923 and the enactment of the *Competition Act* in 1986, the enforcement of the prohibition varied according to the legal interpretation given to the term "unduly" in the provision's reference to "prevent or lessen competition unduly" when assessing the agreement's economic effects. In this period, several unsuccessful attempts were made to rid the Act of this word in order to strengthen the prohibition. After the Supreme Court decisions in *Aetna Insurance* (1977) and *Atlantic Sugar* (1980), the Crown had to prove that the alleged conspirators both intended to enter into the agreement and intended to lessen competition "unduly." The double intent proved hard to establish, as can be seen by the drop in the Crown's success rate from 90% to 55%.[16]

We have not had great success with this provision. Particularly because of some of the burdens and the wording of the section, it's made it much more difficult to use it against hard-core cartels ... [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

[T]he $150 million in fines recently collected is the coattail argument. We have collected $150 million in fines in Canada after other jurisdictions have enforced against those international cartels. We've done very well at getting guilty pleas on them, but I don't consider that to be a success of our statute. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:40]

However, the enactment of the *Competition Act* de facto reversed these court decisions. Section 45 of the *Competition Act* provides that "everyone who conspires, combines, agrees or arranges" to lessen or prevent competition "unduly" is guilty of a criminal offence and is

---

16 William Stanbury, "The New Competition Act and Competition Tribunal Act: Not With A Bang, But A Whimper," *Canadian Business Law Journal*, Vol. 12, 1986/87, p. 20.

liable to fines and/or imprisonment. This provision incorporates a defence for horizontal agreements between competitors for:

[W]hen we analysed the cases back in the early 1980s, ... we found that the government lost as many if not more of the cases because they couldn't prove agreement. It wasn't that they couldn't prove undueness; they couldn't prove there was actually an agreement. That is the cornerstone of a conspiracy section. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:25]

- the exchange of statistics, defining product standards, or the sizes or shapes of product containers and packaging;
- the exchange of credit information, research and development, placing restrictions on advertising, promotion or measures to protect the environment; and
- the adoption of the metric system of weights and measures.

There are also specific defences for export consortia and specialized agreements.

The Act's most significant changes, however, were introduced in subsections 45(2.1) and 45(2.2). These provisions permit the Court to infer the existence of a conspiracy, combination, agreement or arrangement from circumstantial evidence; and while it is necessary to prove that the parties intended to and did enter into the agreement, it is not necessary to prove that the agreement was intended to have the effect of lessening competition "unduly." Subsequent jurisprudence has been consistent with this interpretation.

The question of whether to strike unduly from section 45 rather than go to a two-track approach has been raised before. The simple response to why we wouldn't do it is because it would make the section too inclusive. It would trap many agreements, which are innocent. For example, agreements between a franchise and a franchisee might be captured by section 45 if it simply said that any agreement that restricts competition, supply, production and so on. ... [R.W. McCrone, Competition Bureau, 64:09:15]

The Supreme Court further provided the more controversial interpretation on the meaning and implications of the word "unduly" when it handed down its decision in the *Nova Scotia Pharmaceutical Association* case, which is commonly referred to as the *PANS* case. The courts are now required to conduct a two-part test on price-fixing arrangements before condemning them as lessening competition "unduly." The first part would be a market power test, while the second would be a test to establish injurious behaviour to competition that would qualify as "undue." This legal framework in fact establishes a partial rule of reason because agreements are neither treated as per se illegal, even those that are patently "naked hard-core cartels" with no redeeming benefits to society, nor treated under a "rule of reason," whereby the economic advantages and disadvantages of the agreement would be weighed. A strategic alliance that

restricts price competition only in an ancillary way would then be subject to less than a thorough review to determine its ultimate economic impact.

As it currently stands, the Crown must establish four elements beyond a reasonable doubt when bringing forth a section 45 case:

1. The existence of a conspiracy, combination, agreement or arrangement to which the accused is a party.

2. The conspiracy, combination, agreement or arrangement, if implemented, would likely prevent or lessen competition unduly (i.e., it does not have to be implemented);

3. The accused had the subjective intent of the first two elements; and

4. The accused was aware, or ought to have been aware, that the effect of the agreement would prevent or lessen competition *unduly*.

A review of the enforceability of the law on conspiracies is revealing.

I participated in a special council for the Attorney General of Canada in the Nova Scotia pharmaceutical proceedings, where we tried to bring clarification in the submissions to the Supreme Court of Canada in the early 1990s to the meaning of "undueness" in order to give broader certainty to the public and to the Bureau. And my own view today is that despite all those good intentions, section 45 really does warrant priority consideration. The reasons are ... [i]t is both under- and over-inclusive. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:20]

[Canada is] the only jurisdiction in the world that requires the level of analysis in order to prove a conviction under section 45. Most jurisdictions, ... Europe, the United States, Australia, New Zealand, South Africa, ... have adopted a per se approach to hard-core cartel behaviour, while providing for a civil track approach ... to deal with strategic alliances ... [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

The Enforceability of Section 45

Competition law experts believe, almost unanimously, that section 45, as currently written, is hard to enforce in a contested trial setting, even when applied to a "naked hard-core cartel." They also believe the two-step "market structure-behaviour" tests provide too much room for litigating irrelevant economic matters in the case of a "naked hard-core cartel." Public enforcement costs are therefore excessive. Given that these views are so widely held, the Committee sees no reason for going to great lengths to validate them. The Committee will exclusively rely on Bureau data, analyses and conclusions.[17]

It's recognized that our standard of undueness is a partial rule of reason, but it doesn't embrace any recognition of efficiencies. Efficiencies are one of the objectives of competition law, and are something that ought to be considered in determining whether or not some action or arrangement ought to be condemned. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

---

17 Harry Chandler and Robert Jackson, *Beyond Merriment and Diversion: The Treatment of Conspiracies under Canada's Competition Act*, Competition Bureau, http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01767e.html, May 2000. The Committee relies on the authors' assertion that none of the 51 cases constituted a pro-competitive strategic alliance.

[O]f the 22 contested cases, three were successful. Is every Department of Justice lawyer or those retained from the outside incompetent? No. The provision is a criminal standard. It requires, beyond a reasonable doubt, the proving of all the elements. That standard should be maintained. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:35]

The Competition Bureau reports that 51 cases have been prosecuted under section 45 or its predecessor between 1980 and 2000. Almost 60% of these cases (29 of 51) resulted in a guilty plea. The conviction rate in contested trials was exceptionally low, somewhere between 10% and 15% (3 of 22). The Bureau estimates that slightly more than 35% of cases (6 of 17) were acquitted at trial or discharged at a preliminary hearing because of insufficient evidence of an agreement — the first element described above. Almost 65% of cases (11 of 17) were acquitted or discharged because of insufficient evidence of an undue lessening of competition (the second element) or of the parties' intent that the agreement would have that effect (the third and fourth elements). These data and analyses indicate that the burden of proof "beyond a reasonable doubt" is a formidable one, but the "undueness" element poses the greatest obstacle to a successful conviction under section 45.

[T]he Bureau contracted three independent studies [on the issue horizontal agreements amongst competitors]. ... [T]hey all agree that hard-core cartel behaviour, such as price fixing, market sharing and output restrictions, should be a criminal offence without a competition test. [Gaston Jorré, Competition Bureau, 64:09:10]

The Two-Track Proposal: Criminal and Civil

At this point, the Committee must remind the reader that the object of competition policy is not about winning or losing litigated cases; it is about prescribing a framework for an efficient business sector that delivers products and services at competitive prices. We strongly believe that section 45 is meant to only apply to certain types of agreements, and the current law does not give fair warning of what type of agreement constitutes a serious indictable offence. Furthermore, although the Committee understands that writing law with so much precision as to preclude uncertainty is unattainable — watertight compartments are not possible — the law should not, at the same time, be written so loosely as to capture all horizontal agreements between competitors in achieving its objective.

There have certainly been prominent examples where the problem was evaluating the undueness of the lessening of competition. Clarifying this is the way to go, by breaking the law into two pieces — a criminal part without the word "undue" for naked price-fixing, hard-core cartels, and then a civil branch for the more complicated arrangements. [Tom Ross, University of British Columbia, 59:09:25]

As it currently stands, section 45 excessively relies on prosecutorial discretion, which can be exercised differently by different individuals, rather than on a law crafted to properly discriminate between the two forms of cooperation — an anticompetitive cartel arrangement and a competitively benign or pro-competitive strategic alliance. By the same token, the Committee does not think it is appropriate for criminal liability, which may involve fines and jail terms, to depend on a court's assessment of complex economic factors — such as the cross-price elasticity of

demand, the height of barriers to entry in the industry, the extent of sunk costs, the strength of other competitors or potential competitors, market power, etc. — that a court is not well suited to judge.

I don't see any basis for treating one type of horizontal arrangement, such as a merger, analytically differently from another type ... such as strategic alliance. ... So outside what would be the new criminal track under a revised two-track approach to conspiracies ... you would ... have ... the same efficiency provision ... [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

Advocates for change have successfully persuaded this Committee to accept this view; in all respects, change is long overdue. The conspiracy provision of the *Competition Act* must be reformed to reflect modern business tendencies to form strategic alliances and joint ventures, circumstances in which the current Act is unnecessarily restrictive, while at the same time being under-restrictive in clearly anticompetitive cases. The Committee, therefore, recommends:

[Y]our interim report suggested if we go the two-track approach, the hard-core criminal per se provision might be limited to price-fixing and output restrictions. I would encourage you to expand that list to include market allocation — and by that I mean geographic market allocation and customer allocation — as well as certain types of group boycotts, such as group boycotts in support of price-fixing or keeping new entrants out of the market. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:45]

12. That the Government of Canada amend the *Competition Act* to create a two-track approach for agreements between competitors. The first track would retain the conspiracy provision (section 45) for agreements that are strictly devised to restrict competition directly through raising prices or indirectly through output restrictions or market sharing, such as customer or territorial assignments, as well as both group customer or supplier boycotts. The second track would deal with any other type of agreement between competitors in which restrictions on competition are ancillary to the agreement's main or broader purpose.

When we're going to go after hard-core cartel behaviour the standard should be met, but we shouldn't have to go into the economic effects. That's what every other regime in the world has done. Per se simply means if I engage in a price-fixing arrangement, you don't have to look to see whether it has an anti-competitive effect, with the huge cost of litigation that goes to that issue, because that is the main issue. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:35]

The Criminal Track

The necessary elements in a contested section 45 case must accurately reflect contemporary economic thinking on conspiracies; they should not require excessive labouring on irrelevant economic factors coincidental to the agreement or to the industry under scrutiny. We believe that a conspiracy should be a per se criminal offence and should be guided by the simple and pertinent facts of the case at hand. The Committee, therefore, recommends:

I strongly favour reform of section 45, to narrow its criminal law focus to hard-core cartel behaviour activity, such as price fixing, customer and territorial allocations, and production curtailment. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

13. That the Government of Canada repeal the term "unduly" from the conspiracy provision (section 45) of the *Competition Act*.

A per se criminal offence without a provision for exceptions would cast a wide net — too wide a net. Horizontal agreements other than that of a cartel would be captured by a strict per se offence. Therefore, a provision for exceptions is necessary. Although recognizing that a long list may have to be drawn to sufficiently reduce the uncertainty surrounding such a specific prohibition, the Committee believes the best approach for an exception would be based, rather than a so-called laundry list of items, on guiding principles. These guiding principles would be premised on known characteristics of a pro-competitive horizontal agreement, such as the existence of economic factors, other than the restraint in question, incorporated into the agreement. Other economic factors would include efficiencies (whether technical or organizational) and innovation. The Committee, therefore, recommends:

[Y]ou need to be careful. The United States, as we all know, has a per se offence, but it is judge-interpreted. It is not statutorily defined. I think you also need to watch that the exemptions don't overwhelm what you're catching. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:20]

14. That the Government of Canada amend the *Competition Act* by adding paragraphs to section 45 that would provide for exceptions based on factors such as: (1) the restraint is part of a broader agreement that is likely to generate efficiencies or foster innovation; and (2) the restraint is reasonably necessary to achieve these efficiencies or cultivate innovation. The onus of proof, based on the "beyond a reasonable doubt" standard, for such an exception would be placed on the proponents of the agreement.

[C]reating that sort of bifurcated approach puts an incredible amount of discretion and authority into the hands of the Commissioner. ... If you think of a situation where there is a conspiracy that could go one way or the other ... the Commissioner would have incredible authority to say, for instance, if you don't do what I like, then I will throw you on the criminal side. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:20]

The Committee further recognizes that the two-track approach of pursuing horizontal agreements between competitors provides considerable prosecutorial discretion — although less than provided under the current law. To limit this discretion, the Committee recommends:

15. That the Government of Canada amend the *Competition Act* to add a paragraph to section 45 that would prohibit any proceedings under subsection 45(1) against any person who is subject to an order sought under any of the relevant reviewable sections

of the *Competition Act* covering essentially the same conduct.

[I]t may be that two pharmaceutical companies need to collaborate in the development of the vaccine and need to fix the price for some short period of time to recoup the development costs. That sort of activity would be examined as a strategic alliance and may be exempt. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:15]

The Civil Track

In its *Interim Report*, the Committee suggested that the government consider modifying the abuse of dominant position provision (section 79) to allow for a civil review of horizontal agreements between competitors. This suggestion may have been premature. Although section 79 deals with joint dominance cases and could in some way be modified to accommodate horizontal agreements that fall under the joint dominance category, we believe that such modifications should not be made. The nature of these horizontal agreements is fundamentally different and incompatible with practices that would be considered potentially abusive behaviour. In other words, a proposed agreement between competitors that may restrict competition only in an ancillary way is an agreement between allies; it is not about an abuser-victim relationship. Consequently, modifications to section 79 to accommodate horizontal agreements that may or may not be anticompetitive may not be the most effective way of pursuing these agreements, and, at the same time, such an approach may risk a loss in effectiveness in pursuing abuse of dominance cases. Indeed, two instruments designed to target two different types of behaviour would be the prudent approach to take.

It strikes me that it will be better if ... we can look at these arrangements the same way we look at mergers, with the full panoply of economic analysis ... [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

The Committee is also reluctant to propose that these agreements be afforded a section 92 through 96 merger review. A horizontal agreement may not easily meet the definition given a merger under section 91 and there is no compelling reason dictating that we modify one to accommodate the other when unforeseen consequences may inadvertently arise. Nevertheless, a strategic alliance should be afforded a similar review to that of a merger. The Committee, therefore, recommends:

Our proposal was to focus on the question of whether the agreement was ... in ... substance price-fixing ... or price-fixing element only ancillary to some larger agreement that itself would not be found in violation of section 45. If it were just ancillary to a larger agreement, then the whole agreement would go down the civil track and be reviewed, very much like a merger. [Tom Ross, University of British Columbia, 59:09:30]

16. **That the Government of Canada amend the civilly reviewable section of the *Competition Act* to add a new strategic alliance section for the review of a horizontal agreement between competitors. Such a section should, as much as possible, afford the**

same treatment as the merger review provisions (sections 92 through 96), and should authorize the Commissioner of Competition to apply to the Competition Tribunal with respect to such agreements that have or are likely to have the effect of "preventing or lessening competition substantially" in a market.

[In the] merger provisions of the Act, we have a considerable degree of turmoil now in understanding what the objective ... is in terms of recognizing economic efficiency ... it's rather premature to try to extend the notion of efficiency to other sections of the Act ... until we know ... what the view of Parliament is on the role of efficiency in competition law. [Roger Ware, Queen's University, 59:12:15]

The Committee intends that this new section only apply to horizontal agreements between competitors, whether suppliers or buyers, and not to vertical agreements, i.e., agreements between a seller and many buyers or between a buyer and many sellers. The Committee, therefore, recommends:

17. **That the Government of Canada ensure that its newly proposed civilly reviewable section dealing with strategic alliances, as found in recommendation 16, apply to agreements between competing buyers and sellers, but not to vertical agreements such as those subject to review under sections 61 and 77 of the *Competition Act*.**

In addition to the prospect of a fine or incarceration for committing a criminal offence under the Act, would-be offenders must also consider that (if they are convicted) they may also be ordered to pay monetary damages to any person suffering loss as a result of their criminal conduct. The Committee is aware that moving a practice from criminal treatment and subjecting it to civil review will remove the availability of damages awards under section 36 of the Act. This could have an adverse impact on deterrence and compliance, since it lowers the potential "cost" to the offender of engaging in the conduct. This would not be the case, of course, if the government amends the Act to permit the Tribunal to award damages (as set out in recommendation 8).

[O]utside what would be the new criminal track under a revised two-track approach to conspiracies ... you would want to have basically the same efficiency provision ... But the nature of that efficiency provision would have to be different from the one we have today in section 96, which never worked for almost 10 years ... [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

At the same time, however, it does not appear to be the case that damages are commonly awarded as a result of a criminal conviction, and for that reason we do not wish to overstate their value as a deterrent. The Committee believes that, for the same reasons that it is inappropriate to treat certain pricing practices under criminal law, it is equally

inappropriate to permit a remedy of damages to attach to such conduct. If we were to permit damages awards with respect to only a few select practices, but not to other civilly reviewable matters, inconsistency would result in the Act. This underscores the importance of extending the right to claim damages under all civil practices, including those for which transfer into the civil steam is recommended.

When you go down that road and look at that bifurcated model for section 45, ... I would alert you to the fact that as the law is currently cast, all activity within the criminal part of the Act can be the basis for a claim for damages. To the extent you remove any part of that activity and put it into the civil part of the Act, it will no longer be subject to a possible claim for damages. It's something you might want to factor into your deliberations. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:30]

Given the numerous changes we are recommending, the Competition Bureau's Strategic Alliance Bulletin will have to be thoroughly reworked and upgraded to the status of enforcement guidelines. The business community, in the absence of jurisprudence, will need ample guidance from the Commissioner on how the Bureau will treat horizontal agreements between competitors. The Committee, therefore, recommends:

18. That the Competition Bureau establish, publish and disseminate enforcement guidelines on conspiracies, strategic alliances and other horizontal agreements between competitors that are consistent with recommendations 12 through 17 that would amend the *Competition Act*.

Strategic Alliances and a Pre-Clearance Process

As stated above, the Committee accepts the general proposition that no conspiracy law can be written with perfect precision; a number of pro-competitive horizontal agreements will be inadvertently caught by any per se provision, no matter how carefully it is written. The above exception provides some measure of certainty for some contemplated pro-competitive horizontal agreements, yet more is needed to reduce the uncertainty and "chilling effect" that arises in some of the more controversial or borderline agreements. A systematic way of reducing or eliminating a horizontal agreement's prospective liability to criminal sanctions prior to being consummated is required. On this point, there have been two suggestions: a notification process and a pre-clearance process.

Others have suggested approaches based on whether the agreement itself is public. If it were a public agreement, it would get the civil review, whereas secretive agreements would be viewed as per se, illegal, and there are other approaches as well. [Tom Ross, University of British Columbia, 59:09:35]

The notification system would prohibit all secret or covert conspiracies to directly or indirectly fix prices, but would provide an exemption from subsection 45(1) to all

overt horizontal agreements provided that their proponents notify the Bureau before the agreement takes effect. Major deviations from the original agreement would be subject to criminal prosecution. The notification of such an agreement would be optional; there would be no obligation to disclose the facts of any agreement. The Commissioner would also be entitled to request additional information in order to determine whether the agreement should be opposed or altered under a civil proceedings or, as others have coined it, the civil track.

The pre-clearance system would operate much like the advance ruling certificate for mergers pursuant to section 102 of the *Competition Act*. This would be a voluntary reporting system, with a limited cost-recovery fee assessed in return for providing an advance ruling. Under such a system, the Commissioner of Competition would be authorized to issue a clearance certificate if he is satisfied that the agreement, as proposed and implemented, does not substantially lessen competition or poses a threat under section 45 or under the newly proposed civil track. The certificate might or might not grant a time-limited exception from criminal liability and, like the notification system, major deviations from the original agreement would be subject to criminal prosecution.

[T]here have been a number of suggestions that the salvation for some trade-restraining agreements would be the public notification of those agreements that would enable the parties to them to be assured that they wouldn't be challenged. As a policy matter, I think it's undesirable to have agreements that are in contradiction to our general principles simply on the theory — a naive one, I think — that public disclosure of them will deter people from dealing with people who have entered into these kinds of restrictive arrangements. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:20]

The Committee is of the opinion that both systems have their advantages and disadvantages; however, for a number of reasons, we favour a pre-clearance system. Such a system provides more assurance that contrived or "dressed up" cartel agreements will not slip through the cracks. The Committee, therefore, recommends:

19. That the Government of Canada amend the *Competition Act* to allow for a voluntary pre-clearance system that would screen out competitively benign or pro-competitive horizontal agreements between competitors from criminal liability pursuant to subsection 45(1) of the Act. That the Competition Bureau levy a fee on application for a pre-clearance certificate that would be based on cost-recovery principles similar to that of a merger review. That a reasonable time limit upon application for a certificate be imposed on the Commissioner of Competition, failing

which the applicant is deemed to have been granted a certificate.

In the case where the Commissioner does not grant a pre-clearance certificate, the applicant should be given fair hearing before the Tribunal. The Committee, therefore, recommends:

20. **That the Government of Canada amend the *Competition Act* to allow individuals who have been refused a pre-clearance certificate for a horizontal agreement between competitors by the Commissioner of Competition be given standing before the Competition Tribunal for a fair hearing on the proposed agreement. That such standing be granted only if the agreement remains proposed and has not been completed.**

The experience in other jurisdictions will evidence the fact that lawyers are very clever in the way they write up these arrangements, and describe them using obfuscation and confusing legal documents or burying the filings with the appropriate agency such that people really don't have a good understanding of what in fact is being disclosed. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:25]

CHAPTER 5: THE ANTICOMPETITIVE PRICING PROVISIONS

Predatory Pricing

Predatory behaviour occurs when a firm temporarily lowers its prices or expands output or capacity in an attempt to deter new competitors from entering the market or to drive out or discipline competitors who are already there. In all three cases, the predator incurs temporary losses in the expectation of, at the very least, recouping them by raising prices later and from an increased market share. Prior to the 1980s, most economists regarded predation as extremely rare because the barriers to entry in most markets were thought to be low. Consequently, it was believed that the subsequent high prices required to recoup the losses suffered in the predatory period would not be sustainable in the face of new entrants. Moreover, predation would be very expensive; the "prey" would be aware that the period of lower prices would be costly for the predator and might hold on in the hope of eventual profits (in the case of efficient capital markets), or to see the predator attempt to buy it out. Only in the extremely rare event that the predator had greater and better access to external capital would a predatory campaign pay off; although even a takeover or merger would generally be a more successful way of monopolizing the market.

I also would like to commend the Committee for its initiative in taking on reforms ... to sections 50, 61, and 75, which have needed attention for a long time. [Donald McFetridge, Carleton University, 59:10:00]

In section 50, where we have the vague wording "at prices unreasonably low", we don't have much jurisprudence ... to give an interpretation of it. [Douglas West, University of Alberta, 59:10:40]

Recent economic research, however, challenges this long-held position on the grounds that predation may be a more frequent occurrence than previously thought. Some believe the practice, although still infrequent, is not rare.

Predatory pricing is a criminal offence under paragraph 50(1)(*c*) of the *Competition Act*. Several elements must be established before an offence is proven. The alleged predator must be engaged in a business and have adopted a policy of selling products at prices that are unreasonably low. Both the "policy" requirement and the "unreasonably low" price requirement have raised difficult

[W]ith predatory pricing ... [E]very case in Canada has failed because cost isn't properly defined. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:10:35]

issues of interpretation. With respect to a policy, one of the following four requirements must be met:

1. It must have the effect or tendency of substantially lessening competition.
2. It must have the effect or tendency of eliminating a competitor.
3. It must be designed to substantially lessen competition.
4. It must be designed to eliminate a competitor.

[T]he Tribunal is dealing with the generic question about avoidable cost: what is avoidable cost, timing issues related to avoidable cost, when the cost became avoidable, and what revenues to consider as part of the test. [Douglas West, University of Alberta, 59:11:40]

The Committee was told that, as simple as the above definition seems, predatory pricing and behaviour are much more complicated to establish in practice. The firm's broad scope in pricing its services (in the case where its marginal cost can approach zero) makes it extremely difficult to distinguish predatory pricing from aggressive price competition. In the case of perishable goods, whose marginal cost is often as close to zero as you can get, selling below cost is a perfectly legitimate business practice.

Indeed, modern thinking even questions whether the hard-to-define marginal cost concept is the appropriate test of predatory pricing. The Committee was told to consider the case of Amazon.com; founded in 1995, the firm has yet to price above cost. Amazon.com is pricing less than its cost, but it is not engaged in predatory pricing. Through low prices, it is investing in a future market share as a new innovator. So there is a temporal aspect to pricing that may not be properly accounted for in the current cost test of predatory pricing.

[W]e create penalties, and the whole point of enforcement is to discourage people from doing bad things. ... So a few successful cases on predatory pricing, no matter how long they take, might create the right kinds of incentives to get ... the right enforcement stance on predatory pricing. We don't need regulatory powers from the Commissioner to do that. [Roger Ware, Queen's University, 59:12:15]

This example of below-cost pricing which is not predatory pricing was further extended to apply to simple goods such as a razor and razor blades or a number of other complementary products. Apparently, pricing razors below their accounting measures of cost makes good economic sense when it leads to greater sales of razor blades and ultimately greater profit. In this case, what should be compared to today's price is the following: today's average variable cost minus the present value of the firm's expected increased gross margin per unit in the future that is attributable to the low pricing policy. Needless to say, when the investigator has gathered this last bit of information, the

"prey" will have given up the struggle. Clearly, economic theory, as a practical guide to enforcement of predatory pricing, leaves something to be desired.

The VanDuzer Report was sceptical of both the legal framework and its economic underpinnings:

> Designing rules to deal effectively with predation is the thorniest problem related to anticompetitive pricing practices. The effects can be devastating but are extremely difficult to distinguish from the effects of aggressive competition, even with the expenditure of substantial resources. One thing seems clear, the existing criminal provision, suffers from some serious defects as an instrument to provide relief in circumstances where predation exists.[18]

A consensus of competition law experts supports the VanDuzer Report's proposed solution:

> Dealing with predation under section 79 is one solution to these problems. As prescribed by economic analysis ... section 79 imposes market power as a threshold for obtaining relief. The abuse provision offers the lower civil burden of proof which may be important given the inherently contestable nature of claims regarding predation.[19]

I [do] not favour the high-penalty deterrence process, because unlike a cartel situation, where it's inherently bad conduct, aggressive price competition is usually good. You're on a sounder path ... where you look at moving into a more refined treatment of predation in the context of the abuse-of-dominance provisions in the Act, because it really is a species of that area of monopolization. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

The VanDuzer Report suggests other advantages of shifting the prohibition under section 79:

> As well, it requires an assessment of the effect on competition. The Tribunal would be able to consider not only whether there was a prospect of recoupment through supra-competitive pricing, but also the effects of predatory behaviour on the dynamic of competition in the market in which the predation took place. Such effects would include effect of the loss of particular competitors and their prospects for re-entry. The Tribunal could sort out the extent to which it was appropriate to take into account non-efficiency based considerations, such as the fairness of intentionally eliminating a competitor through low prices.
>
> The abuse provision would also permit account to be taken of the particular conditions in the marketplace, including the factors discussed in relation to the new economy ... Where a market was characterized by high levels of

---

18 J. Anthony VanDuzer and Gilles Paquet, op.cit., p. 75.

19 Ibid., p. 75.

> innovation, declining costs and network effects, low pricing which eliminated a competitor might nevertheless be found to be pro-competitive, where the pricing was part of a strategy to introduce a new and better technology and any dominance which resulted was unlikely to be sustained in the face of future innovation.[20]

However, the Commissioner of Competition, the Canadian Bar Association and a number of other stakeholders oppose this suggested change because they believe the criminal status best deters egregious anticompetitive conduct; they favour more enforcement resources, believing the double layer of protection (paragraph 50(1)(*c*) and section 79) against predatory pricing is more appropriate at this time.

[T]his notion of trying to make some changes to the predatory pricing provisions and to bring them over to the civil side ... I think it's important to consider the possibility of creating a new section that deals with predatory pricing, but not necessarily under the existing wording of the abuse-of-dominance provision. [Douglas West, University of Alberta, 59:12:40]

The Committee has reservations about this last position, because there is simply insufficient case law to validate the deterrent effect of paragraph 50(1)(*c*). The Committee cannot just ignore the predatory pricing provision's inactive and ineffectual history, which includes only two contested cases (both of which are more than two decades old). Moreover, the Committee is unsure about a court being the right venue for the intricate economic analysis needed to discern between predatory and aggressive, pro-competitive pricing; the Competition Tribunal appears better able to judge this behaviour. In any event, a consensus has formed on the use of the abuse of dominant position provision as a vehicle for bringing a predatory pricing case before the legal authorities — a provision that requires that the alleged predator has "market power" and that the practice in question would "prevent or lessen competition substantially." For these reasons, the Committee recommends:

21. That the Government of Canada repeal paragraphs 50(1)(*b*) and 50(1)(*c*) of the *Competition Act* and amend the Act to include predatory pricing as an anticompetitive act within the abuse of dominant position provision (section 79).

---

[20] Ibid., p. 75.

Price Maintenance

Price maintenance is the practice whereby a firm attempts to either set or influence upward the minimum price at which another firm further down the manufacturer-wholesaler-retailer distribution chain can sell its product. Although resale price maintenance is not a pervasive practice throughout the business sector, it is one of the most common pricing restraints found in the marketplace. It may take place either vertically, for example between a wholesale supplier and a retailer that resells the supplier's products, or horizontally, for example between competitors who agree to impose resale price maintenance on those who resell their products.

In terms of vertical price maintenance, typically the example given would be ... Say, for example in the electronics industry, ... You can sit down, you can go into a sound room, and you can listen to a whole bunch of different types of speakers. You can listen to a bunch of different types of CD players. You can get a real feel for the quality differences. But it costs ... a lot of money to put that sound room in place. If somebody else could come along and free ride off that by locating down the street or a few blocks away, selling exactly the same products but at a substantially reduced price, ... [the service providing store] wouldn't be able to continue to provide the consumer with the benefit of that. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:12:30]

Since 1951, following the recommendations of the MacQuarrie Commission, price maintenance has been a criminal offence under section 61 of the Act. Thus, it is illegal for any person engaged in a business to try to "influence upward or discourage the reduction" of the price at which someone else engaged in a business sells the product by "any agreement, threat, promise or like means." In 1960, the law was amended to add the current defences to the related offence of refusing to supply a customer because of the customer's low pricing policy. These defences are listed in subsection 61(10) as:

- using products supplied as loss leaders (the "*Loss Leader Defence*");
- using products supplied not for the purpose of selling them for a profit but to attract customers to buy a rival's products (the "*Bait and Switch Defence*");
- engaging in misleading advertising in respect of the products supplied; and
- not providing the level of service that purchasers of the products might reasonably expect (the "*Service Defence*").

So the pro-competitive aspect of it, of resale price maintenance is it provide dealers with a margin to invest in providing services, to expand the demand for the product. ... when you expand the demand for the product, you increase aggregate wealth in the economy. So it's pro-competitive in that sense. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:12:30]

On the other hand, requests, discussions, moral suasion, or suggestions to this end are considered to be much the same as setting a suggested list price and are permissible (subsection 61(3)). Similarly, under subsection 61(4), if the suggested price appears in an advertisement, it must be expressed in such a way that it is clear to any

In any vertical relationship, let's say between a manufacturer and a distributor, suppose the manufacturer owned the distributor? Then they could decide whatever terms and conditions they wanted that product to be sold under, including price, the quality of the sales personnel, their qualifications. The manufacturer could determine everything down to the lighting in the store. And we wouldn't consider that to be anti-competitive. So why would we consider it to be anti-competitive if Sony tried to do some of those things at arm's length? [Roger Ware, Queen's University, 65:12:30]

person who looks at the advertisement that the product may be sold at a lower price; otherwise the supplier will be found to have attempted to influence the price upward.

The Committee is more easily convinced of the economic rationale for prohibiting horizontal price maintenance. Where suppliers agree among themselves to set the resale price of their products, price competition among downstream competitors is precluded. Where the resale price is the more visible of the two, the maintenance of that price may facilitate collusion among suppliers. By subtracting the retailer and wholesaler profit margins from the minimum fixed retail price, manufacturers in effect fix their own prices of the product. The Committee was also made aware that resale price maintenance could facilitate the work of a retailer cartel. History suggests that this had long been the case of pharmaceutical retailers whereby drug stores pressured manufacturers of the products they carried to impose resale price maintenance.

You take price maintenance. We have a very strict law here. There's no necessity for an agreement to be in place ... The necessity for agreement in U.S. law allows the so called Colgate doctrine, which means: they can unilaterally sell, you won't sell my product for less than, you just can't have an agreement. ... So price maintenance that would be unlawful in Canada occurs in the U.S. all the time. That's a cross-border legal issue that I have to deal with monthly ... [because] the law is different here. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:11:15]

Vertical price maintenance is less obviously an anticompetitive act. The classical example of such price maintenance is where a supplier requires someone to whom it sells, perhaps a retailer but also a wholesaler, to maintain prices at a particular level as a way of encouraging that retailer or wholesaler to engage in competition on something other than price. A higher retail margin thus encouraged the retailer to engage in providing a high level of service to clients or to ensure that the brand image associated with the product is maintained and not sullied in any way.

[P]rice maintenance provision which deals with these vertical pricing arrangements you're talking about is a very effective section for us. [R.W. McCrone, Competition Bureau, 64:09:40]

From the consumer's perspective, vertical price maintenance results in more services, which we would regard as good, but higher prices, which we would view as bad. The Committee was told that, on balance, the decision of how to market a product and how to design a distribution system should be left up to the manufacturer. Prohibiting resale price maintenance under the per se rule is effectively regulating the manufacturer's decisions on how best to maximize the sale of his products. By way of an analogy, we do not prohibit by law high levels of advertising even when such advertising raises prices; for the same reason we should not prohibit vertical price maintenance under a per se rule. So to the extent that there are efficiency justifications

for price maintenance, the per se criminal prohibition in the Act is over-inclusive.

I just don't agree that criminal prohibition is warranted, especially where there is no requirement for demonstrating adverse effects on competition. They have to be presumed and ... there are many potential circumstances in which there are pro-competitive benefits that come from it. In the vertical situation we're not talking about controlling the price of a product amongst all the competitors, we're talking about controlling perhaps the pricing and positioning of the product from one supplier which is going to be disciplined by other parties in the marketplace if in fact they're not dominant. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:12:35]

All witnesses, except Bureau officials, who commented on price maintenance had a recurring theme: vertical price maintenance should be decriminalized and horizontal price maintenance should be moved to the conspiracy provision. The Bureau, the lone dissenter, could only offer a higher success rate when prosecuting under a per se offence as its reason for departing from expert opinion. The Committee, however, must remind everyone that competition policy is not about winning and losing cases; it is about designing a framework whereby an efficient business sector can deliver products and services at competitive prices. Moreover, the Committee sees no social benefit in risking convictions of, and a "chilling effect" on, pro-competitive vertical price maintenance under the criminal section of the Act, when the civil section offers a more reasonable approach and a better result. In decriminalizing vertical price maintenance, competition experts suggested that shifting this act under the abuse of dominant position provision (section 79) would be the preferred route. In this way, the treatment of vertical price maintenance under the law will better conform to contemporary economic thinking.

[I]n the area of pricing practices ... [y]ou've had the benefit of Professor VanDuzer's detailed report, which has examined the fact that some of those laws are economically no longer really very modern. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

The Committee understands that a section 79 review has two advantages: the practice would receive a full hearing on its likely economic effects and would also be subject to a lower burden of proof (from "beyond a reasonable doubt" to "on the balance of probabilities"). Another difference, which could be an advantage or a disadvantage depending on one's perspective, is that section 79 will require an assessment of the market power of the individual firm engaging in price maintenance. According to the VanDuzer Report, the market power test is an advantage because economic factors can easily be identified for discerning anticompetitive from pro-competitive cases. Indeed, the VanDuzer Report suggests three economic indicators of anticompetitive vertical price maintenance:

I would encourage you ... to look at the decriminalization of the pricing practices ... those laws are out of date and out of sync with good economics. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:40]

1. The person implementing price maintenance (the "Supplier") has market power, which suggests that customers may have limited opportunities to switch suppliers.

2. The Supplier does not have an efficiency-based justification, such as the desire to increase service or prevent brand-impairing practices, which would include "loss leadering" or misleading advertising.

3. The Supplier was induced to implement price maintenance in relation to one customer by another customer who competes with the first.[21]

[There] is the need to reform the arcane criminal provisions in the Act — not just section 45, but many of the provisions relating to the pricing practices, including predatory pricing, price discrimination, and price maintenance. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:15]

At the same time, the VanDuzer Report is unsure if the section 79 market power test is appropriate for vertical price maintenance cases.

The Committee accepts all of the above reasoning. We believe that where the law can be modernized to better reflect conventional economic thinking, which in this case is able to properly distinguish between anticompetitive and pro-competitive incidences of vertical price maintenance, we should change the law. Given the recommended changes of section 79 (Chapter 6), reducing the bluntness of the Act in terms of vertical price maintenance should lessen the "chilling effect" on pro-competitive instances. The Committee, therefore, recommends:

22. That the Government of Canada repeal the price maintenance provision (section 61) of the *Competition Act*. In order to distinguish between those practices that are anticompetitive and those that are competitively benign or pro-competitive, that the Government of Canada amend the *Competition Act* so that: (1) price maintenance practices among competitors (i.e., horizontal price maintenance), whether manufacturers or distributors, be added to the conspiracy provision (section 45); and (2) price maintenance agreements between a manufacturer and its distributors (i.e., vertical price maintenance) be reviewed under the abuse of dominant position provision (section 79).

When it comes to horizontal price maintenance, that ought to be dealt with under a new section 45. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

---

21 Ibid., p. 44.

Price Discrimination

Price discrimination is a marketing practice whereby a supplier of goods or services charges different prices to different customers (whether other businesses or final consumers) and these price differentials do not accurately reflect differences in costs of serving the different customers. To be found discriminating on the basis of price, a firm has to meet the following conditions: (1) the firm must have market power to set prices (otherwise, consumers can choose to purchase from a competing supplier); (2) the firm must be able to identify classes of consumers with different price sensitivities; and (3) consumers have only a limited opportunity to resell to each other (otherwise, consumers would arbitrage these prices to the lower price offered).

If I were to come to you and say "I'll ... come and pick the product up at your door, or I'll warehouse the product, or I'll perform some other function for you and save you money, if you give me a deal," it's arguable ... whether you could give me a discount in recognition of that pro-competitive initiative. It may be that I'm just a better negotiator. That maybe I'm going to do something for you in a different market. Buy more goods on a different market from you if you give me a better discount. What [the criminal offence] does is it just chills the negotiation process ... It would be a criminal offence for you to give me a better discount. So the whole competitive process that one would normally see between supplier and customer is chilled. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:12:30]

Price discrimination is a criminal act that extends only to "sales" of "articles" under paragraph 50(1)(*a*) of the Act and to promotional allowances under section 51. These provisions were introduced in 1935 in response to concerns of unfairness to small business, particularly in the grocery subsector, with the emergence of large retail discount and chain stores and following the *Report of the Royal Commission on Price Spreads*. Because paragraph 50(1)(*a*) only applies to "sales" of "articles," leases and services are not covered. If the purchasers do not carry on business in the same market, such as the case where one is a final consumer and the other is a business, there is no offence. Volume or quantity discounts are exempted. There must be knowledge of each element of the offence. The supplier must have knowledge that the sale is discriminatory. Section 51 makes discrimination other than on the basis of price (i.e., differential access to promotional allowances) a criminal offence in some circumstances.

On price discrimination, we're really weak in Canada compared to the U.S. because in the U.S. you can discriminate in price on the basis of volume. So you can, as a store for example, buy a product for less if you buy 100 than if you buy two. It's completely arbitrary in our law. You can make a differentiation between one and two, or one and 5,000 — whatever you want — and set your price on that level. That's the law in Canada. You don't have to justify it on the basis of cost as a manufacturer. In the U.S. what you have to do is you can't discriminate unless you can justify it. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:11:15]

Although price discrimination by definition means treating individuals or groups of consumers differently and may create an "unlevel playing field" when the product is an input into another product, it is not an inherently anticompetitive practice. It is often pro-competitive to charge different prices to different consumers when there are different costs attached to serving them (in the same way as volume and quantity discounts imply different costs and are not anticompetitive in and of themselves). Price

discrimination may also result in additional sales, for example, to children and seniors who would not otherwise purchase the product. To the extent that the consumption of the good or service increases as a result, economic efficiency is being promoted.

Price discrimination is commonplace. For instance, a bank that offers students no-fee banking services in order to gain their loyalty later on in their lives is practising price discrimination. Many non-price techniques with similar aims to price discrimination could also be implemented to discriminate between consumers. Two classic examples are tied sales and multi-part pricing policies. The VanDuzer Report explains the tied selling technique:

There are questions as to whether the sections on predation and price discrimination, for example, should be decriminalized. People have been trying to address this for many years, and there are questions about the proper ambit of the abuse-of-dominance provision, among others. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:10:50]

> At one time, IBM had a monopoly on certain types of tabulating equipment. Different customers valued IBM's equipment quite differently based on the amount that they used the equipment. However, instead of using price discrimination to get the maximum price that each customer was willing to pay, IBM forced customers to buy tabulating cards from the company, and by charging a price for tabulating cards in excess of their cost, IBM was able to discriminate among its customers according to the intensity of their use of the equipment. Block booking and commodity bundling are other examples of non-price requirements imposed by sellers that succeed in enforcing effective price discrimination.[22]

Examples of multi-part pricing techniques of executing price discrimination are: (1) cab fares that include a lump-sum fee upon engagement and charges per unit of distance and/or time; (2) newspaper, magazine, radio and television pricing with two revenue streams — one from advertisers and one from subscribers; (3) fairground entry fees and ride tolls; (4) cover charges at bars and night clubs that are in addition to prices for drinks; (5) automobile licence fees and automotive gasoline taxes; and (6) slotting fees or slotting allowances charged by retailers on top of the retail price mark-up.[23]

---

22 Ibid., p. 6.

23 Most multi-part pricing policies are two-part, as they include only two sources of revenue.

The VanDuzer Report concludes that:

> There is no question that the current criminal price discrimination provision is not adequate to address anticompetitive price discrimination. The economic analysis ... concludes that price discrimination is not anticompetitive in many circumstances. Whether there is any possibility that price discrimination will have an anticompetitive effect will depend on the facts of each case. The current provision does not require the discriminating supplier to have market power, a prerequisite to true discrimination, nor does it require any assessment of the effect of discrimination on competition. To this extent the provision is over-inclusive. At the same time, by failing to include discrimination in services and discrimination in forms of transactions other than sales, the provision excludes important areas of economic activity in the contemporary marketplace. In its present form, the criminal price discrimination provision is not an accurate tool for addressing anticompetitive behaviour and imposes excessive compliance and monitoring costs on business. Because price discrimination is a criminal offence, this chilling effect is exacerbated.[24]

[T]he best and most effective way to deal with predatory pricing, as well as geographic price discrimination and vertical price maintenance, is to repeal the current provisions and deal with this conduct under reinforced abuse-of-dominance provisions. By "reinforced" I mean you need to create an administrative penalty of the type you currently have in the deceptive marketing practices provisions of the Act. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

The VanDuzer Report makes a very compelling case for decriminalizing price discrimination cases, and a consensus among competition experts has followed. The Committee, therefore, recommends:

23. That the Government of Canada repeal the price discrimination provisions (paragraph 50(1)(*a*) and section 51) of the *Competition Act* and include these prohibitions under the abuse of dominant position provision (section 79). This prohibition should govern all types of products, including articles and services, and all types of transactions, not just sales.

---

24 J. Anthony VanDuzer and Gilles Paquet, op.cit., p. 72.

Substantive Elements

Sections 78 and 79 together form the so-called "abuse of dominance" provisions, constituting a key element of Part VIII of the *Competition Act* dealing with "reviewable practices." These sections were enacted in 1986 and replaced the previous criminal offence of being party to, or to the formation of, a monopoly.

Section 79 permits the Commissioner to apply for, and the Tribunal to make, an order prohibiting a person or persons from engaging in anticompetitive acts. Section 78 provides a list of some of these so-called "anticompetitive" acts for the purposes of invoking section 79; the list in section 78 is not exhaustive and so does not narrow the application of section 79 to only the practices specifically listed in section 78. In fact, the Tribunal has ventured outside this list on a number of occasions.

I think the Tribunal, when it has articulated the need for a market power test in the abuse-of-dominance provisions, has never gone further and told us what degree of market power you need. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

Some of the anticompetitive acts contemplated in Part VIII may also be addressed, in the alternative, in criminal proceedings under section 45 or 61, or paragraph 50(1)(*c*) of the Act. The Act requires that either one approach or the other be adopted, but not both.

To get an order under section 79, the Commissioner must convince the Tribunal, on the "balance of probabilities" (the standard of proof in civil law), of three elements:

1. That one or more persons *substantially or completely controls,* throughout Canada or any area of Canada, a class or species of business.
2. That the person or persons have engaged in or are engaging in a *practice* of uncompetitive acts.
3. That the practice has had, is having, or is likely to have, the effect of *preventing* or *lessening competition substantially* in a market.

Where these three elements are present, the Tribunal may make a cease and desist order. In addition to ordering the cessation of the anticompetitive activity, the Tribunal may also, to the extent that it is reasonable and necessary to overcome the effects of the activity, make an order requiring any person to take certain action, including the divestiture of assets or shares. The order must be only for the purpose of restoring competition in the relevant market and may not be for the purpose of imposing punitive measures.

The phrase "substantial or complete control" in the first element is the same wording used in the criminal monopoly section that preceded the current abuse of dominance rules.[25] But what degree of control is "substantial"? The case law interpreting the predecessor criminal provision suggests that control must approach 100% of the relevant geographic and product market, but subsequent cases have refined this analysis considerably.

Predatory pricing can be captured under section 79.... And also we had a panel of experts who suggested that price discrimination could already be dealt with under section 79 of the civil provisions also. [R.W. McCrone, Competition Bureau, 64:09:40]

The Tribunal must, as the first step to determining whether abuse of dominance exists, define the "relevant market." Market definition has two aspects: the product market and the geographic market. Determining the relevant market for a product is a complicated undertaking, involving consideration of such factors as direct and indirect evidence of substitutability and functional interchangeability of products, trade views on what constitutes the same product, and the costs of switching from one product to another.

In addition to defining the relevant product market, the Tribunal must also define the relevant geographic market. It does so by reference to the boundaries within which competitors must be located if they are to compete with each other and where prices either tend toward uniformity or change in response to each other. The Tribunal has recognized that the relevant market (so defined) will have a significant impact on any conclusion regarding the effect of the dominant firm's behaviour on competition. In general, however, the more broadly the market is defined, the less likely it is that the firm will possess market power and that its behaviour will be found to substantially lessen competition.

---

25 In section 2 of the *Combines Investigation Act*.

Once the market is defined, the Tribunal will address whether there exists "substantial or complete control" over that market. The Tribunal has equated this rather ambiguous phrase to mean market power. "Market power" may be understood to be the case of a dominant player that has the ability to raise its prices (or reduce product quality) in a non-transitory way (the longer term, usually defined as two years) without suffering a loss in profit.

With respect to market power, high market share alone will not give rise to a presumption of dominance. In *Laidlaw*,[26] the Tribunal held that dominance would not be presumed where market share is below 50%. The Tribunal has yet to deal with a contested claim of dominance where the allegedly dominant firm has a market share of less than 85%. Interestingly, the 50% threshold enunciated in *Laidlaw* is higher than the 35% threshold set in the Bureau's *Merger Enforcement Guidelines* and the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines.* More jurisprudence on this issue would be helpful.

[I]n terms of pricing provisions ... The current provisions under the abuse of dominance might cover that kind of conduct, but it's a bit of a grey area because the firm that's entering the new market may not in fact be dominant in that market. The abuse-of-dominance provisions refer to a firm having substantial or complete control of a class or species of business. Now, you could try to sandwich the conduct under the abuse-of-dominance provision. It's not clear that this is what it was intended for ...
[Douglas West, University of Alberta, 59:12:40]

Barriers to the entry of new competition also constitute an important factor. In determining the existence of a barrier to entry, the Tribunal will examine factors such as sunk costs[27] and economies of scale, as well as technical and regulatory barriers. Sunk costs or economies of scale on their own are unlikely to be regarded as sufficient. The Tribunal must also consider the number of competitors, their relative market shares, and whether there is excess capacity in the market. Notwithstanding the guidance provided by the Tribunal in past cases, predicting when the Tribunal will find dominance will often be difficult.

The second element to be considered in section 79 is whether the practice has the effect of lessening competition substantially (this is more commonly referred to as an "SLC" test). Determining whether a practice will result, or has resulted, in an SLC is a difficult determination. What meaning is to be given to the term "substantial"? In *Nutrasweet*, approximately 90% of the market was controlled by the leading aspartame company. Although a

---

26 Director of Investigation and Research v. Laidlaw Waste Systems Ltd. (1992), 20 C.P.R. (3d) 289.

27 The costs that the new entrant will not recoup if he subsequently exits the market. Advertising is the most common example of a sunk cost.

high market share may suggest dominance, such a high level may not be necessary to prove dominance. The Committee anticipates that the meaning of the term will in time become clear through jurisprudence.

[Y]ou have the right ... idea ... with respect to modernizing and decriminalizing ... the pricing provisions in the Act and moving them into ... the abuse-of-dominance regime. This will provide a ... coherent and single place in which you can think about those types of behaviour ... where there is a competition concern as opposed to the many situations where there is not. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

The final element that must be demonstrated under section 79 is a "practice of anticompetitive acts." Although "practice" was not defined in *Nutrasweet*, the Tribunal appears to have set the bar quite low, stating that a practice may exist "where there is more than an isolated act or acts." Moreover, a number of different isolated anticompetitive acts might constitute a practice when taken together.

Anticompetitive Pricing Practices: The Civil Approach

As discussed in the previous chapter, the Committee believes that the current approach of treating the practices in sections 50, 51 and 61 as criminal offences is inappropriate in the modern business environment. These provisions — owing to their possible efficiency-enhancing or pro-competitive effects — would be more effectively addressed as reviewable trade practices under Part VIII of the Act, and more specifically under the abuse of dominance rules. At the same time, as the VanDuzer Report and other commentators have suggested, there are certain conceptual difficulties in treating the pricing practices under section 79.

The first objection is that removing these practices from criminal treatment to civil review may undermine the deterrence value of treating them as criminal offences. However, the Committee believes that this same deterrence could be accomplished by empowering the Tribunal to levy monetary penalties under section 79. Furthermore, the criminal law treatment could remain in place for practices, such as hard-core cartel activity, that are without redeeming social value.

A remedy based on damages and fines seems to be a sensible deterrent. You can move that into the civil side without having the problems on the criminal side. [Jeffrey Church, University of Calgary, 59:10:55]

The second objection is not as simply understood. It requires the enunciation of a single legal test to unify under the abuse of dominant position provisions the different legal tests which the Crown, or the Commissioner as the case may be, must meet to succeed before the Court or Tribunal. In addition to the different legal tests existing under the criminal pricing sections and section 79, the different

standard of proof in the criminal provisions (i.e., "beyond a reasonable doubt") must be addressed.

To obtain a conviction under paragraphs 50(1)(*b*) or 50(1)(*c*), the Crown is merely required to show that the policy has, or is designed to have, the effect of lessening competition *or* eliminating a competitor. Paragraph 50(1)(*a*) and sections 51 and 61 require only that the practice itself be proven (the per se approach) in order to secure a conviction, that is there is no need to show that a lessening of competition has occurred. In both cases, the Crown must prove the offence according to the criminal standard of proof, that is, "beyond a reasonable doubt." By removing or shifting those provisions from criminal prosecution to section 79, the Tribunal would consider the competitive effects or the efficiencies resulting from the practice, and would make its determination accordingly. The result, in the Committee's view, would be a better approach for dealing with these practices, one that is more consistent with sound economic analysis. However, if we are going to treat these practices as civil matters, it is necessary to enunciate the single test that will apply to any application brought under section 79.

[I]f you put a civil administrative penalty power into the abuse-of-dominance provisions, you would retain that deterrence effect of the law. And if you further amended the abuse-of-dominance provisions to eliminate the words "substantially or completely control", then the anti-competitive test would simply be substantial lessening of competition, which is the same test that you have right now in the predatory pricing provisions. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

The obstacles to creating a single test under section 79 to permit both criminal and civil practices to be addressed may, in fact, not be as significant in practice as the legislation suggests. With respect to paragraph 50(1)(*a*) and sections 51 and 61, the Committee has already stated that those practices should be subject to an SLC test. Moving them to section 79 would have this effect. For its part, the Bureau does not appear to have pursued conduct that does not prevent or lessen competition substantially; this suggests that such an amendment would be in line with current enforcement practice.

The thing that comes with criminal sanctions is the possibility of prison terms in some cases, so you wouldn't replace that on the civil side. Also, just the stigma of a criminal record has a deterrent effect that you wouldn't get on the civil side. I don't think, really, that fines on the criminal side and administrative penalties on the civil side are really comparable. One is clearly designed to penalize for criminal behaviour, and the other I think is more designed to encourage compliance with orders of the Tribunal. [R.W. McCrone, Competition Bureau, 64:10:30]

Furthermore, the Bureau's *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* seem (the "Abuse Guidelines") to suggest that the Bureau does not consider there to be any significant difference between the thresholds. This inference is drawn from the same 35% single-firm "safe harbour" found in the criminal *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and the civil *Merger Enforcement Guidelines*. So this suggests that the

amendment would only clarify the law and enhance its enforceability, without altering it in substance.

So the abuse-of-dominance provisions basically would have a similar anti-competitive threshold and similar deterrence power in the form of an administrative fine that the criminal provision today has, except you wouldn't have to deal with the criminal burden of proof. That's ... the most effective way of dealing with not only predatory pricing but also price discrimination and the other pricing practices. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

With respect to the "eliminating a competitor" test in paragraphs 50(1)(*b*) and 50(1)(*c*), the Committee believes that this offends the overriding spirit of the *Competition Act*, which is to preserve the process of competition and not competitors specifically. Moreover, the Bureau's *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and the Abuse Guidelines, make it quite clear that the focus of the Bureau's analysis is upon the likely impact of conduct on competition, not on individual competitors. Moving these practices to section 79 would make them subject to the SLC test and to the civil standard of proof. This would remove the chilling effect that currently results from treating these practices as criminal offences. Instead, the practices would be subject to a more appropriate treatment, i.e., one that takes into consideration possible efficiency gains.

For all these reasons, the Committee recommends:

24. That the Government of Canada amend the *Competition Act* by deleting paragraph 79(1)(*a*).

In fact, the Supreme Court of Canada told us we need a greater degree of market power because of the presence of those words "substantially or completely controlled." So if we get rid of those words, we simply have the general market power requirement we have with respect to all of the other provisions of the Act that have this substantial lessening of competition test, which is a lower anti-competitive threshold, and the same one that you currently have in the predatory pricing provision. So you wouldn't be losing anything by shifting over to the abuse-of-dominance provisions. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

This amendment would bring the wording of section 79 into closer conformity with the concept of market power as it has evolved through judicial interpretation.

Finally, a word on guidelines. The Committee recognizes that the Bureau's current Abuse Guidelines may need to be revised and expanded in order to accommodate the expanded scope of section 79. Many issues may need to be addressed including, for example, a minimum market share for assessing market control, the best analytical framework for assessing when price discrimination and vertical price maintenance are anticompetitive acts, as well as appropriate approaches to dealing with so-called price predation in the civil context. The Committee, therefore, recommends:

25. That the Competition Bureau revise its *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* in order to be consistent with the addition of the anticompetitive pricing practices (paragraphs 50(1)(*a*) and 50(1)(*c*) and section 61) to section 79 of the *Competition Act*.

I think we have a very good abuse-of-dominance framework that applies to most industries ... The abuse guidelines that have just been issued are very well done. They're exceptional. The Bureau is to be commended for that perspective. [Jeffrey Church, University of Calgary, 59:10:15]

CHAPTER 7: MERGER REVIEW

Merger Review Process

The *Competition Act* provides for the civil review of mergers (sections 91 through 96) by the Competition Tribunal. On application by the Commissioner of Competition, the Tribunal may issue a prohibition or divestiture order with respect to a merger that is deemed to prevent or lessen competition substantially. However, before such orders are granted, varied or denied by the Tribunal, a well-established review process must take place. As a starting point, the Committee will provide a simple sketch of this merger review process which will provide the necessary background to comment on the operations and enforcement of the merger provisions in the Act.

On the other issue, from an enforcement perspective, there's a lot of discussion in the business about how few cases there are and how much guidance is available to the public at large and the business and consumer legal communities about how decisions are made. This issue has been debated probably longer than private access, but I think it's time we institute some form of formal decision publication process. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

Section 91 of the *Competition Act* sets forth the definition of a "merger," which is deemed to occur when direct or indirect control over, or significant interest in, the whole or a part of a business of another person is acquired or established. The principal issue in this section is the interpretation of the words "significant interest," which is considered to occur when a person acquires or establishes the ability to materially influence the economic behaviour of the business of a second person (i.e., block Director resolutions or make executive decisions relating to pricing, purchasing, distribution, marketing or investment). In general, a direct or indirect holding of less than a 10% voting interest in another entity will not be considered a significant interest. However, a significant interest may be acquired or established pursuant to shareholder agreements, management contracts and other contractual arrangements involving incorporated or non-incorporated entities.

The EU has a process where, even though a transaction isn't challenged, a decision is released describing how the agency went through its review, what its findings were, and what it considered important or not important. I think that would serve as a very useful public information service for the Bureau to adopt. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

In general, a merger will be found to be likely to prevent or lessen competition substantially when the parties to the merger would more likely be in a position to exercise a materially greater degree of market power in a substantial part of a market for two years or more. Market power can be exercised unilaterally or interdependently with other

competitors and its ascertainment will be determined according to the following Bureau screening processes:

1. The Bureau will define the relevant markets, each of which consists of determining substitute products and services of rivals of the merging parties, both from a product and a geographic dimension. This will include all products and services that customers would likely turn to in response to a small but significant, non-transitory increase in prices or a reduction in quality and variety of the products or services offered by the merging parties (the "hypothetical monopolist" test of a 5% price increase for up to two years). The geographic dimension of the market would be determined similarly; therefore, it is likely that different products will have different geographic dimensions.

The Bureau does publish, in each merger case, aspects of its decision. What people are saying is there's not enough core analysis necessarily there for us to judge the next case. The contest, however, is how much can you disclose of the confidential information that gives rise to the analysis? [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:12:05]

2. The Bureau will then calculate and analyze market share and concentration thresholds to distinguish markets that are unlikely to be anticompetitive. The markets that do not surpass the requisite thresholds (so-called "safe harbours") will be screened out. The unilateral exercise of market power threshold is 35% of the post-merger pro-forma market share of the merging parties (sales volume or production capacity). The interdependent exercise of market power threshold incorporates a 65% market share held by the four largest firms in a post-merger market and a 10% market share held by either of the merging parties.[28]

[W]hen you're sitting in the room negotiating the resolution, you also talk about what should be published, and it can interfere with some of the remedy. If you're having to divest of a core asset, if you put too much out there, it becomes a fire sale, which makes it more difficult to resolve. If you're going to give me a penny for my asset or $100 million for my asset, you're going to have a different negotiation coming up with a resolution. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:12:10]

3. Given that the Act requires that the Tribunal shall not find that a proposed merger prevents or lessens competition substantially solely on the basis of evidence of concentration or market share, a complete competitive effects analysis will then be performed on those markets where the shares of the merging parties' sales or production surpassed the "safe harbour" thresholds. The Bureau will evaluate many relevant factors, as listed in section 93, such as: foreign competition, availability of acceptable substitutes, barriers to entry, absolute cost advantages, sunk or irrecoverable costs, the time it would take a potential competitor to become an effective competitor, effective

[28] There is no economic rationale for these thresholds over that of others. Simply put, an effective merger review process demands market share anchors, but why these thresholds were chosen over others has never been made clear.

remaining competition, the removal of a vigorous and effective competitor, change and innovation, business failure and exit, and other criteria.

4. The Act recognizes that changes in regulations, developments in new technologies, and the sweeping forces of globalization will have implications on the structure of industry. If the elements of the efficiency exception (section 96) are met (these are cost savings to the economy and are not merely purchasing power savings due to any enhanced ability to squeeze better prices out of a supplier, and that these efficiencies could not be attained if the merger did not proceed), where they would "offset" or are "greater than" the anticompetitive concerns, the Bureau would not pursue the merger any further. The onus of proof of this exception before the Tribunal is put on the merging parties.

[U]nder a total surplus approach, the Competition Tribunal would be prohibited from issuing an order in respect of an anti-competitive merger if it found that the overall effect of the merger on the economy likely would be positive. In other words, if the gain to producers resulting from the cost savings and other efficiency gains likely to be brought about by the merger were greater than the loss to society attributed to the anti-competitive effects, the Tribunal would not ... issue an order in respect of the merger. In this very complicated analysis, wealth transfers from consumers to producers are treated as neutral, because they have no bearing on the aggregate level of wealth in the economy. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:11:55]

Merger Review Workload and Service Standards

Virtually every witness appearing before the Committee admitted that the Bureau has faced an unprecedented number of merger reviews over the past several years, which has, and continues to put, extraordinary pressure on its Mergers Branch staff. Table 7.1 provides the data to back up the first part of this claim. Excluding asset securitizations (which, since 1999, have been exempted from filing), merger filings have hovered about 340 per annum in the past four years, which is up more than 70% from the average of about 200 filings per year recorded in the first half of the 1990s. So the trend is definitely up over the past decade, but it is also up over the past five years, with 373 mergers being filed in 2000-2001, the highest ever.

I have submitted for consideration a one-month initial review followed by a four-month timeframe. If, after the first month, the Bureau does not go into a full-scale investigative mode, the merger is cleared. If they do go into that mode, then there is a fixed period ... of four months ... to complete the Bureau's investigation. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:20]

I recommended earlier that in the area of merger review consideration be given to trying to define the time periods with statutory certainty so that business persons engaged in transactions, third parties interested in transactions and making submissions to the Bureau, ... know there are fixed time periods, as opposed to the current service standard guidelines ...This would promote certainty. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:15]

Table 7.1
Number of Transactions (%) — 1995-2001

Business Line	1995-1996	1996-1997	1997-1998	1998-1999	1999-2000	2000-2001
Pre-merger Notification Filing	57	58	84	109	92	73
Advance Ruling Certificate Request	117	181	219	174	209	255
Other Examinations	17	23	17	26	60	45
Sub-total	**191**	**262**	**320**	**309**	**361**	**373**
Securitization	36	52	72	52	64	0
Total	**227**	**314**	**392**	**361**	**425**	**373**

Source: Competition Bureau Merger Branch, *Merger Review Performance Report June 2001*, 2001.

Data submitted to the Committee provides evidence of the second part of the claim. The Mergers Branch at the Bureau averaged 38 full-time equivalent person-years in the early 1990s, but has gradually increased to 57 in 2000-2001. Therefore, the Bureau's Mergers Branch has grown by just less than 50% over the employment levels of the early 1990s, which is significantly below the merger filings growth rate of more than 85% in the same period.[29] Moreover, Table 7.2 indicates that the complexity of mergers that the Bureau has had to review is also increasing. Complex mergers and very complex mergers, which are increasingly resource intensive, have augmented their respective shares in the past four years by 4% each. Although non-complex mergers make up the vast majority of cases under review (between 80-90%), their share of total reviews undertaken by the Bureau has declined substantially in the past four years. This trend, the Bureau claims, is due largely to globalization and the inherent complexities associated with multi-jurisdictional cases.

It will be interesting, now that this merger wave is sort of down, to see how resources are reallocated. As a result of that, it is certainly true that the other areas of the organization, such as the civil reviewable practices areas and conspiracy, are not nearly as well funded relative to other international comparisons. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

29 Competition Bureau Merger Branch, *Merger Review Performance Report June 2001*, 2001.

Table 7.2
Number of Cases by Level of Complexity (%)
1997-2001

Complexity	1997-1998	1998-1999	1999-2000	2000-2001
Non-complex	68 (89%)	212 (77%)	232 (80%)	282 (81%)
Complex	8 (11%)	56 (20%)	49 (17%)	53 (15%)
Very Complex	0 (0%)	6 (2%)	8 (3%)	14 (4%)
Total	**76 (100%)**	**274 (100%)**	**289 (100%)**	**349 (100%)**

Source: Competition Bureau Mergers Branch, *Merger Review Performance Report June 2001*, 2001.

The revenue generated from fees related to merger review has been a significant but not a fully compensatory help to the Bureau's budget constraint. The Bureau estimates that revenues from pre-merger notification, advance ruling certificates and advisory opinions will be in excess of $8.4 million in 2000-2001, $7.5 million of which will be available to the Bureau. Any fees the Bureau receives in excess of $7.5 million will be credited to the government's Consolidated Revenue Fund. Given that the direct costs of merger review is estimated to be $9.5 million for 2000-2001, merger review revenues clearly fall short of cost recovery.

[T]he Bureau's workload over the past few years has greatly increased. Unfortunately, our resources have not kept pace ... In a recent survey involving five comparable competition authorities, our Bureau had the second-lowest level of funding on a per-capita basis. Our demands continue to grow, largely due to globalization and our increased mandate. Ten years ago, the great majority of cases examined by the Bureau were domestic in nature. Today, not only are there more cases, but a very large number of them have an international dimension. This is demonstrated by the increasing number of multi-jurisdictional mergers and international cartels. [Gaston Jorré, Competition Bureau, 64:09:10]

In 1997, along with fees for certain services, the Bureau established and committed itself to meet a series of service standards when reviewing mergers. These standards are: non-complex mergers, 14 days; complex mergers, 10 weeks; and very complex, 5 months. Although the Bureau has, in a given year, met these targets 100% of the time, its performance level has varied without trend since 1997. In fiscal year 2000-2001, the Bureau met the three targets 95.7%, 92.5% and 100% of the time, respectively. The average and median turnaround times for merger review have at all times been shorter than the established standard. However, in every year since 1997, a relatively small number of merger reviews has fallen well outside the target date. These poor performances appear to be isolated cases that are not the result of systemic failures, but are more likely owing to human error — errors probably committed on the part of Bureau staff and merging parties. This performance and the targeted standards, the Committee finds, are reasonable. Although

there were complaints about the merger review process made to the Committee, stakeholders had not complained about this aspect.

The Committee believes that the routine merger review procedures of the Bureau are not the cause of selected protracted merger reviews of which people complain. These reviews bog down only when the Commissioner has unresolved issues with the merger (as proposed) and intense negotiation begins for restructuring the merger proposal or when seeking a consent order, or where a contested Tribunal proceeding is going to be launched. As a consequence, the Committee sees no benefit in enshrining strict deadlines for merger review in the Act, as some commentators have suggested. Indeed, the Committee sees more harm than good coming from such Act-imposed deadlines. Given an inviolable deadline, the Bureau would be forced to work more intensively on cases that are likely to run into difficulty and breach the deadline, sacrificing resources in other reviews and therefore delaying less problematic mergers. In effect, strict or Act-imposed deadlines will compress the time distribution of completed reviews, but only at the expense of higher average turnaround times.

From the Competition Bureau's perspective, it has limited resources ... the Bureau is in fact fairly strapped when it comes to resources, so it has to make responsible decisions as to how it deploys those resources. It currently has case-screening criteria that would bias its decisions in favour of bringing cases that have a broader economic impact. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:10:10]

Merger Enforcement Record

The combination of an unexpected and uncontrollable merger review workload, growing at rates in excess of that of staffing, with that of quick turnaround times provided by the Bureau is a situation that lends itself to the perception that vigorous enforcement of the Act may have been sacrificed. The Committee will investigate.

Table 7.3 provides the Bureau's statistical record of merger enforcement under the *Competition Act*.[30] The Bureau's entire enforcement record over the 1986-2000 timeframe is included, but the data is broken down into three four-year periods to look for trends in the statistics while overcoming a small numbers problem from which the data suffers. What is clear from the statistical record is that the past four years has involved almost as many merger

[30] Data from fiscal year 2000-2001 does not include asset securitizations and is, therefore, not directly comparable.

examinations by the Bureau than that of the previous two four-year periods. Very little else can be discerned with such a high degree of confidence.

Table 7.3
Merger Enforcement Activity Under the *Competition Act* 1986-2000

Fiscal Years	1988-1992	1992-1996	1988-2000	1996-2000
Examinations Commenced	798	816	1,492	3,292
Examinations Concluded:				
As Posing No Threat Under the Act	736	776	1,443	3,094
With Monitoring	38	8	3	61
With Pre-closing Restructuring	1	-	3	6
With Post-closing Restructuring/Undertakings	6	-	10	19
With Consent Orders	3	-	5	8
Through Contested Proceedings	1	3	2	6
Abandoned by Parties as a Result of Director/Commissioner Concerns	6	12	4	27
Mergers Posing an Issue/ Examinations Concluded	6.9%	2.9%	1.8%	3.9%
Mergers Posing an Issue (Excluding Monitoring)/ Examinations Concluded	2.1%	1.9%	1.6%	2.0%
Merger Abandonment/ Mergers Posing a Threat	0.82%	1.55%	0.28%	0.87%

Source: Competition Bureau, *Annual Report of the Commissioner of Competition*, various years.

The Committee will begin its investigation by considering the perennial complaint that a contested case at the Tribunal is expensive and becoming more so. As such, one would think that the Bureau and the parties to a merger proposal would both shy away from contested proceedings and seek alternative solutions with greater frequency as the cost of a contested case rises. Although the Committee recognizes that there may be other explanations for a trend to fewer contested merger cases — particularly when we introduce qualitative information into the analysis — the data, while limited, tends to (indirectly) confirm this complaint. Four contested cases of 1,614 merger examinations were taken to the Tribunal for resolution in the two four-year periods starting in 1988 and ending in 1996. Given 1,492 merger investigations and similar vigorous enforcement, one would have expected four contested cases would have gone to the Tribunal in the 1996-2000 period; however, there were only two such cases. Therefore, the behaviours of the Commissioner and prospective merging parties suggest

that contested Tribunal cases are becoming more expensive.

Virtually all the cases that have been brought in the 15-year period since the Tribunal was created and the merger provisions were decriminalized have involved mergers that had already been consummated. At that point the merging parties had every incentive to hunker down and fight. By contrast, business people invariably have no appetite whatsoever to become involved in contested proceedings where their transaction has not yet been consummated. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg 65:09:55]

The vast majority of mergers pose no threat, or raises no issue, under the *Competition Act*. Donald G. McFetridge reports that about 1.6% of all publicly reported mergers (7.5% of those examined) between 1986 and 1994 raised an issue under the Act.[31] According to the data in Table 7.3, the number of issues raised in merger cases has further declined in the latter half of the 1990s. When one subtracts mergers in which monitoring was the chosen enforcement response by the Commissioner — because they were never later challenged or brought back under investigation — the number of mergers that raised an issue under the Act has average only 2% of examinations undertaken by the Bureau.

The Committee finds it rather curious that, except for contested proceedings, all enforcement responses fell out of favour with the Commissioner (then the Director) in the mid-1990s. However, except for monitoring, all other enforcement responses, such as pre- and post-closing restructuring/undertakings and consent orders, have come back into favour. Moreover, what the Committee finds disturbing is that the number of mergers abandoned by their proponents as a result of the position taken by the Commissioner has declined substantially over the late 1990s. For example, 18 merger proposals were abandoned by their proponents of 1,614 merger examinations undertaken by the Bureau in the two four-year periods starting in 1988 and ending in 1996. Given 1,492 merger investigations and similar vigorous enforcement by the Commissioner, one would have expected about the same number of abandonments, 18, in the 1996-2000 period; however, there were only 4 such abandonments; less than one-quarter of what would reasonably be expected.

[W]e can review any merger, no matter what the size. Where size comes in is whether you have to notify us. ... And I guess ... it's a trade-off ... if the world were cost-free, it would be nice to look at every merger and have notification. But given the costs imposed, there has to be some level before you create a notification process, and that's why there is a threshold for notification. [Gaston Jorré, Competition Bureau, 64:09:30]

To the Committee the data suggest one of three explanations: (1) mergers have become less problematic from a competition perspective; (2) the business community at large has in the past five years come to realize that the Commissioner is a vigorous enforcer of his Act and has increasingly acquiesced to other restrictive undertakings

31 Donald G. McFetridge, *Competition Policy Issues*, Research Paper Prepared for the Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector, September 1998, p. 11.

imposed by him/her as a means of realizing their mergers; or (3) the business community has in the past five years come to realize that the Commissioner's budget is insufficient to vigorously enforce his Act and that he must acquiesce to the merging parties by seeking other non-vigorous merger enforcement methods than that of contesting them under a costly Tribunal proceedings.

It's not just the filing fee. When you notify, you have to retain counsel, you have to provide the information. You need a good adviser. [Gaston Jorré, Competition Bureau, 64:09:30]

Without qualitative information on these mergers, the Committee cannot draw definitive conclusions. However, the Committee fears that the third explanation is more likely correct and, at least in part, explains the fewer merger proposal abandonments. Somewhat paradoxically, the lack of information published on mergers that the Commissioner did not oppose as a means of protecting private and strategic market information from being made public may be providing more protection, in terms of accountability, to the Commissioner — a state of affairs that the competition law community has long complained about.

In any event, vigorous enforcement of the merger review provisions can be accomplished by providing the Bureau with adequate resources and allowing it to exercise greater selectivity in the review of mergers that are likely to pose a competition issue — recommendations that this Committee advocates.

[I]f parties to smaller transactions — mergers, for example — want to proceed with their transaction without notifying the Competition Bureau and try to fly below the radar screen, they have to take the risk that the Competition Bureau isn't going to find out about the transaction for three years, because if the Bureau does, it can bring an application to the Tribunal for up to three years and force divestiture. That's a huge risk, and business people typically do not want to assume that risk without comfort. So I find myself frequently, at any given time, having several matters on the go that involve transactions that are not above the notification thresholds, but the parties nevertheless want comfort from the Competition Bureau in the form of a no-action letter or an advance ruling certificate before they put their money on the table and proceed with the transaction. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:10:10]

Review Thresholds

The claim that the Bureau receives insufficient funding for optimal enforcement of the Act, in particular mergers, is not new. In fact, the competition law community has made the Committee aware of this fact since it undertook its study of the *Competition Act* and its publishing of the *Interim Report.* The desire for a more complete evaluation that would consider other consequential impacts on enforcement has held the Committee from venturing beyond the call for more resources to be allocated to the Bureau. Given the concern raised in the preceding section, the Committee is now prepared to evaluate specific proposals to raise the merger review thresholds as a way of focusing scarce resources on the larger merger reviews and the enforcement of other aspects of the Act.

Since the adoption of the *Competition Act* in 1986, the parties to any significant merger — that is, a merger of a certain size as set out in the Act — are required to notify the Commissioner before closing the transaction. Although all proposed mergers may be reviewed by the Commissioner, only those mergers (i.e., asset or share acquisitions) involving more than $35 million in gross revenue from sales per annum in or from Canada, or involving more than $400 million in combined assets or sales (including affiliates) in Canada, must notify the Commissioner of the proposed transaction. The transactions threshold for amalgamations is $70 million. Both the gross sales and combined asset thresholds have remained unchanged since 1986.

One thing that would help ... is the elevation of the thresholds to align them with the economic value of the threshold as it was when it first came in, in 1988. In 1988 a $35 million threshold on the transaction size was put in place. ... In the meantime, the value of the dollar has eroded by more than a third, and if we were to make that adjustment today, I think it would release from the system, from the review, maybe 40% of the cases they now deal with, and would enable more people to be freed up to do other things. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

Between 1986 and 2001, inflation of more than 40% (as measured by the consumer price index or CPI) has occurred. Consequently, the $35 million and $400 million thresholds have captured many more mergers than Parliament had intended when the Act was adopted. Indeed, the possible over-inclusiveness of mergers that must automatically undergo review may have been a constraint on optimal enforcement of the Act — the Bureau suggests that the gross-revenue-from-sales threshold of $35 million has been particularly binding. In other words, some resources currently devoted to merger review may be more effectively allocated to other activities, either to the review of larger mergers or to the enforcement of other provisions of the Act.

From an enforcement perspective, I would like to see increasing attention paid to other provisions of the Act, perhaps becoming a little less risk-averse from an enforcement perspective in dealing with mergers. We also heard this morning about the possibility of increasing thresholds. That might help too. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

The Bureau performed a special request for the Committee that indicates that approximately one in ten mergers examined by its Mergers Branch in the past year fell within the $35 to $50 million transactions range. This statistic, one in ten, suggests that raising the transactions threshold to $50 million would reduce the total number of merger filings by about 40 per year. Unfortunately, we were unable to find out how many of these one-in-ten mergers posed an issue under the Act. Nevertheless, given the deficiency in filing revenues to cover the direct costs of merger review and the Committee's belief that there are more pressing needs for enforcement of other activities, we believe that it is best to raise the $35 million transactions threshold to $50 million. The Committee, therefore, recommends:

26. That the Government of Canada amend section 110 of the *Competition Act* to require parties to any merger (i.e., asset or share acquisitions) involving gross revenues from sales of $50 million in or from Canada to notify the Commissioner of Competition of the transaction.

There are two thresholds. There's the transaction size and there's the party size. And we think it would be appropriate to increase the transaction size threshold, which currently is $35 million. The party-size threshold, which is $400 million, is much higher and we see increasing the first, but not the latter, roughly in line with inflation for the period since the Act came in, which takes you to about $50 million. [Gaston Jorré, Competition Bureau, 64:09:30]

Furthermore, the Committee believes there is merit in formalizing such considerations and, therefore, recommends:

27. That the Government of Canada amend the *Competition Act* to have a parliamentary review of the notification thresholds contained in sections 109 and 110 within five years and every five years thereafter to ensure optimal enforcement of the *Competition Act*.

But in looking at it historically, in countries that have had strong competition laws, like the U.S., and countries that had very weak competition laws, like Japan, they found that they didn't end up with very productive and efficient economies when they didn't foster competition and make sure those efficiencies, that productivity and efficiency, were there. So when the cases are looked at, it's not just on the basis of the consumer or the small business alone, but the Canadian economy and what benefits consumers as a whole. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:10:15]

Mergers and Efficiencies

Section 96 of the *Competition Act* sets Canada's competition legislation apart from those of other countries. This section states that: "The Tribunal shall not make an order if the merger brings about gains in efficiencies that are greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition"; this has been interpreted by some as being consistent with what is known as the "total surplus standard."

The Act also goes to considerable lengths to explain both what should and should not be included as a gain in efficiency. For example, the Act states that "the gains in efficiency" to be considered are those that "would not likely be attained if an order were made in respect of the merger"; that is, they must be merger specific. This implies that if the efficiencies could be realized in a manner that generates less anticompetitive harm than that created by the merger, then the efficiencies would not be ascribed to the merger. For example, efficiencies that could occur through internal growth or unilateral rationalization would not be ascribed to the merger. Alternatively, there may exist other cooperative means of achieving the efficiencies, such as joint ventures or a restructured merger, which would create lesser anticompetitive effects. Additionally, the efficiencies must

The analysis of efficiencies in competition law in this country is in a state of disarray, to say the least. We've had 15 years or more of toing and froing on it, and still don't know if we have anything we can work with. So if you're going to go for the section 45 reform ... [focus on] what constitutes the civil test. [Donald McFetridge, Carleton University, 59:10:05]

Within the merger review guidelines there's a part ... about efficiencies which was written many years ago before Superior Propane. We have, in effect, withdrawn it. We've said that they've now been superseded by the Court of Appeal on Superior Propane and at some point once the Superior Propane case is finished we're going to have to re-write them because clearly they're not, after this litigation, a reliable guide. [Gaston Jorré, Competition Bureau, 64:10:00]

[T]he efficiency defence on the merger guidelines. I think it would be an appropriate time for the committee to readdress section 96 and have a look at what it means, at how it should be applied, and provide, perhaps, some guidance from Parliament's perspective in terms of what the efficiency test is supposed to be in a merger context. [Jeffrey Church, University of Calgary, 59:10:20]

[W]hether the efficiencies outweigh and offset the anti-competitive effect and really, in principle, that includes everything. It includes all the anti-competitive effects and some of those are measured quantitatively but ... [t]hen you have other factors which are more qualitative and you can't really measure. To give you a very simple example, how do you weigh the impact of loss of choice. If you go from having two people you can buy something from to just having one, you've clearly lost something, apart from price and it's not something you can really value but it's certainly something that has to be weighed in. [Gaston Jorré, Competition Bureau, 64, 10:00]

be real and not just pecuniary; that is, the merger must bring about a real savings in resources and must not stem from greater bargaining or purchasing power that is essentially redistributive among members of society.

Canada is the only country known to have a competition legislation that requires the efficiencies likely to be produced by a merger to be weighed against the likely anticompetitive effects of the merger. This approach occupies the middle ground between the European Union approach, whereby the merging parties are invited to make claim to efficiencies that the Merger Task Force will consider (which introduces lobbying into the mix), and the U.S. approach, which requires efficiency gains to be so great that prices will not rise as a result of the proposed merger (the so-called "price standard"). In retrospect, this is not an unreasonable approach and, in fact, may be a strategically sound one given Canada's relatively smaller and open market economy.

Although this legislative defence is unique among the industrialized countries of the world, its 15-year history has not been very hospitable to merger proponents. The Commissioner has not even once found the efficiency gains to a merger proposal sufficient to offset any lessening of substantial competition. This behaviour contrasts sharply with the Commissioner's findings of efficiency gains on many occasions pertaining to exclusive dealing and tied selling cases. Furthermore, in this same 15-year period, the Tribunal has only once decided (*Superior Propane*) and twice commented on efficiency gains (*Imperial Oil* and *Hillsdown*). The elucidations, however, have been confusing to say the least. Just when the Tribunal has come to agree with the Bureau's guidelines on the treatment of efficiencies according to the "total surplus standard" (*Superior Propane*), the Bureau abandoned its guidelines. To further confuse the issue, the Federal Court weighed in and partially overturned the Tribunal's decision in favour of expanding the strictly quantitative analysis of the "total surplus standard" to include redistributional and other qualitative effects of the merger, while neither advocating the "consumer surplus standard" or the American "price standard" approach. This Court direction had the consequence of opening the door to the Commissioner, as well as to the lone dissenting Trial judge sitting on the *Superior Propane* case, to advocate the

"consumer surplus standard."[32] Sensing that the latter standard would render section 96 virtually ineffective, the majority opinion of the Tribunal panel chose to supplement the "total surplus standard" with a calculation of what is described as the "adverse social effects" of the merger, i.e., the wealth redistributed from "poor" Canadian consumers to the shareholders of the merging parties.

In my view, the guidance given by that Federal Court of Appeal decision is not adequate to this task. ... broadly speaking it says the Tribunal, in considering weight given to efficiencies, should apply a flexible approach, not restricted to ... a total surplus approach ... It takes account of diverse factors, such as the effects on small business, the possibility of creating monopolies, and perhaps income-distribution effects. [T]his Federal Court of Appeal decision is quite flawed in some respects. I also think it doesn't, whether flawed or not, give a good guide to the future conduct of competition policy. I also believe there's a danger that Canada could move from a position of being more supportive of efficiency claims in merger review than the United States ... to a position where we could be less supportive of efficiency claims than the Americans. [Roger Ware, Queen's University, 65:11:30]

The Tribunal's decision in *Superior Propane* may or may not be satisfactory; it is not clear if such precise calculations of the wealth redistributed from "poor" consumers to the shareholders of producers will be possible in future cases. Moreover, so many different interpretations of Parliament's intentions when it stated that the "*effects* of a merger that would prevent or lessen competition" must be weighed against the "gains in efficiency" suggest that more expert study is required.[33] Accordingly, the Committee recommends:

28. That the Government of Canada immediately establish an independent task force of experts to study the role that efficiencies should play in all civilly reviewable sections of the *Competition Act*, and that the report of the task force be submitted to a parliamentary committee for further study within six months of the tabling of this report.

---

32 The "consumer surplus standard" weighs the gains in efficiencies against the so-called "deadweight loss" arising from the merger, as does the "total surplus standard," as well as the wealth transferred from consumers to the shareholders of the merging companies. So the "consumer surplus standard" is a more restrictive test than is the "total surplus standard."

33 In *Superior Propane*, the Tribunal also heard testimony in favour of the "price standard," the "U.S.-modified price standard," and Professor Townley's" balancing weights approach."

CHAPTER 8: REFUSAL TO DEAL

The Committee listened with concern to the testimony of the Association Québécoise des Indépendants du Pétrole (AQUIP) as it described the experience of some of their members in the Quebec petroleum market. At the outset, it is important to understand the industry is unique in that it is comprised of a handful of large companies engaged in exploration, manufacturing, wholesaling and retailing. These vertically integrated companies compete at the retail level with many small independents. This unique market structure obliges independent retailers to negotiate directly with their competitors for the supply of their main product. The *Competition Act* must, therefore, consider this state of affairs, which is peculiar to the oil sector and ensure that all companies have access to supply without discrimination.

The facts presented to the Committee at its Bill C-23 hearings, if true, suggest that AQUIP might have been the victim of an anticompetitive refusal to deal.[34] Of more immediate concern to the Committee, however, was the suggestion that section 75 would not apply to prohibit this manner of conduct. AQUIP suggested that a supplier could rely on the fact that "trade terms" (market conditions) were not "usual" and the section would not apply. The Tribunal would not be able to make an order, since it could only make an order for supply on "usual" trade terms.

> We put it to you that suppliers of petroleum products would only have to illustrate that they cannot supply products because of abnormal trade conditions to stall access to the Tribunal.[35]

The Committee has carefully considered this analysis of section 75 and, with all due respect, we cannot agree with the interpretation. Reading the section as a whole, it is clear that the section was enacted not to provide a defence to unscrupulous suppliers, but rather to enable a customer to get necessary supply on the same terms as a

> *There were shortages, and they had to set an 80% quota. We are convinced that during the 80% cut, the major company retailers were still working at full capacity, without suffering from these cuts. At those times, we had to reduce our clients' inventories. We were fortunate that these were only brief periods of a week or two in the two cases I mentioned. In the first case, the problem was caused by cold weather on the St. Lawrence River. In the second case, it was the January 1997 ice storm in Quebec. I do not know if you are aware of this, but in January 1997, there was an ice storm and supplies had to be rationed. In both cases, our supply was reduced, but we are sure that the multinationals were still running their heating oil and gas station retail networks at full capacity.* [Pierre Crevier, Association Québécoise des Indépendants du Pétrole 40:16:20]

---

34 The Committee, of course, is not a court of law. Accordingly, we do not presume to offer any conclusions on questions of fact or the application of the Act in an individual case. These are matters for the Tribunal.

35 AQUIP, Brief to the Committee.

supplier's other customers. Moreover, for reasons set out below, we would suggest that "rationing" imposed by the supplier in response to supply shortages would fall within the definition of "terms of trade" in subsection 75(3). For that reasons, section 75 would appear to apply to ensure that a customer can get supply on the same terms as other customers, even in limited supply market conditions.

The fundamental difficulty with the AQUIP analysis is that it appears to treat the ideas "trade terms" and "market conditions" as synonyms. But as subsection 75(3) makes clear, the two ideas are quite distinct. It is a *condition* of the *market* that petroleum is in short supply, or that demand is unusually high. The terms of trade are the conditions of the *transaction*. The "terms of trade" in a transaction (such as a supply contract) may change in response to changing market conditions, that is, prices may go up or the quantities that suppliers are able to deliver might have to be reduced. Trade terms may be affected by market conditions, which necessarily implies that they are distinct concepts. AQUIP suggests that a supplier could plead "unusual *market conditions*" as a defence to section 75. But if we accept this interpretation, we would have to accept that section 75 would be of no effect in abnormal market conditions. This conclusion leads us to think that the interpretation may be incorrect.

By contrast, the Committee's interpretation finds strong support in subsection 75(3). That subsection defines "trade terms" as "terms in respect of payment, unit of purchase and reasonable technical and servicing requirements." The effect of subsection 75(3) is twofold. First, it limits the trade terms that the supplier may *impose* on the transaction. This ensures that suppliers cannot impose "unusual" trade terms (for example, rationing) as a pretext to withhold supply. Secondly, the section ensures that the customer is able to *receive* supply on the same terms as the suppliers' other customers, without being subject to any "unusual trade terms." So if other customers are receiving 100% of their orders, then all customers would be so entitled. Imposing a 20% cut on one customer, while not doing so to others would clearly be imposing an "unusual" term of trade on that customer, as the term is

contemplated in subsection 75(3). As a result, section 75 would apply and allow the Tribunal to order the resumption of supply on the same terms enjoyed by other customers.

AQUIP suggested that the phrase "usual trade terms" be deleted from section 75. This would presumably "untie the hands" of the Tribunal and give it flexibility to order supply on terms *other* than "usual" trade terms, i.e., order the supplier to accept a customer on *unusual* trade terms, e.g., pro rata shares of available supply. But again, the distinction betweens *market conditions* and *terms of trade* must be kept in mind. What AQUIP is really asking for is that the Tribunal order the supplier to continue to supply during *unusual market conditions* (e.g., supply shortages) but on the *same trade terms* (80% of usual supply using the previous example) as other customers, without discrimination.

Although the Committee does not concur that the phrase "usual trade terms" in section 75 undermines the effectiveness of the section, we do recognize that there exists another plausible interpretation of section 75, one that would lead us to the opposite conclusion, meaning that the section would *not* apply to prohibit discriminatory rationing of the type described by the AQUIP (the integrated producers supply its own retail outlets on terms more favourable than independent retailers).

Paragraph 75(1)(*d*) requires that, for the section to apply, the product must be in "ample supply." On a plain reading, this would suggest that the section is meant to apply only in market conditions where supply is "ample," that is at least sufficient to satisfy current demand. If this interpretation is correct, the section would not apply during periods of limited supply, and a supplier could choose to fill one customer's order in full, while refusing another customer wholly or in part, using *discriminatory* rationing as a means of disciplining a non-integrated independent retailer.

This second interpretation is also consistent with the wording of subsection 75(3). To an ordinary observer, the term "units of purchase" might describe the manner in which the product is packaged for sale and delivery, such as in *litre* units, or in *shipping container* units, etc. In fact,

this interpretation might be more plausible than the other. Had Parliament, in drafting the legislation, wished to specify that "quantity" be included among the "terms of trade" set out in subsection 75(3), it could have drafted the legislation to that effect. Instead, Parliament used the phrase "units of purchase," a phrase that does not clearly mean the same thing as "quantity."

If this interpretation is correct, we would have to accept that section 75 was not meant to, and would not, apply in a market characterized by supply shortages. As such, an unscrupulous and dominant supplier could profit by the shortage to promote his own retail network and discipline independent retailers by selectively rationing their supply in a discriminatory manner. The current wording of the section might suggest that Parliament simply did not anticipate selective rationing being used in this way; or perhaps it was aware that such a practice might occur, but that it could be better addressed under the abuse of dominance provisions in section 79.

Rationing should not result in non-renewal of supply contracts on the pretext that the market situation is abnormal. On the contrary, we must ensure that abnormal market situations do not cause the elimination of efficient oil and gasoline businesses by depriving them of supply. We therefore propose that the words "on usual trade terms" be withdrawn from the bill. In this way, the new provisions would also be applicable in ordinary circumstances, where they could be particularly useful. [Pierre Crevier, Association Québécoise des Indépendants du Pétrole, 40:15:45]

The Committee is aware that the ambiguity could be resolved by simply deleting paragraph 75(1)(*d*). However, no witness raised this point and we have had no debate or analysis concerning the economic and legal implications of implementing such a change. For that reason, the Committee is reluctant to make such a recommendation. For the reasons we have set out, we believe that the more reasonable interpretation is that the section would apply in all market conditions, including markets characterized by supply shortages. Ultimately, however, the uncertainty can only be resolved in one of three ways: (1) a government amendment to clarify the application of the section; (2) the Tribunal's judicial interpretation in the context of an application on these, or similar facts; or (3) an interpretation guideline from the Bureau.

Clearly, the preferred option is to be proactive now to clarify the application of section 75. Moreover, it is neither fair nor just that we should ask the AQUIP, or anyone else for that matter, to bear the brunt of what might turn out to be protracted and expensive litigation simply in order to clarify the law, when such a clarification is clearly

for the benefit of all. The Committee commends the AQUIP for bringing this important issue to our attention and recommends:

29. **That the Competition Bureau issue an interpretation guideline clarifying whether section 75 would apply to the circumstance where a supplier in a market characterized by supply shortages could selectively ration its available suppiy in such a manner as to discriminate against independent retailers.**

CONCLUSION

Canadian competition policy, as embodied in the *Competition Act* and as carried out by the Competition Bureau and the Competition Tribunal, is a modern framework for dealing with contemporary antitrust issues. The *Competition Act* generally reflects modern economic analysis, though minor modifications might be desirable. The Competition Bureau's enforcement guidelines can claim to be clear and transparent, though some fine-tuning would be helpful. The Bureau manages its current caseload well, though more resources would enable it to be a more vigilant enforcer. The Competition Tribunal has provided clear and thoughtful jurisprudence that properly embodies economic principles, though its procedures could be adjusted in order to expedite its workload and make room for more activity as a result of the granting of carefully thought out rights of private action. These were the views, and indeed the exact words, of the Committee expressed in its *Interim Report*. The Committee maintains these findings and, in this final report, has been more specific.

The Committee believes that Canada's business landscape would be served best by making conspiracies one of its highest priorities. The Committee recognizes that the Bureau has well-developed strategies and tactics already in place for detecting and pursuing both domestic and international conspiracies, but is hampered by an ineffective law — a law that is under-inclusive in its treatment of naked hard-core cartels and over-inclusive of pro-competitive strategic alliances. The Committee has, therefore, recommended that the *Competition Act* be modified to create a two-track conspiracy law, where cartels are pursued more vigorously under a stricter criminal track and strategic alliances are pursued more sensibly under a civil track through a new section. Under the existing criminal provision, the term "unduly" would be dropped to eliminate the need to litigate wasteful and irrelevant economic factors. At the same time, specific defences for efficiencies will be created, thereby reversing the onus of proof, to ensure the two tracks are kept separate. Additionally, a voluntary pre-clearance system for strategic alliances would be organized to provide guidance to the business sector seeking assurances that they will not be subject to criminal

sanctions, and thus reduce any residual "chilling effect" the law creates.

In support of realigning the enforcement priorities away from smaller mergers and back towards conspiracies, as Parliament originally intended in 1986, the Committee has recommended that more resources be allocated to the Competition Bureau and that the merger transactions notification threshold be raised from $35 million to $50 million. The Committee further recommends amending the *Competition Act* to provide automatic parliamentary reassessments of all merger notification thresholds every five years. Furthermore, the Committee recommends extending a private right of action to include abuse of dominance and expanding relief to those who have been prejudiced by reviewable conduct under exclusive dealing, tied selling, market restriction, refusal to deal, and abuse of dominance to include awards of damages and fines in order to bolster private enforcement, as a complement to public enforcement, of the Act.

The Committee makes a number of recommendations to streamline Competition Tribunal processes for disposing of cases, most notably empowering it to assess and impose damage awards and monetary penalties on those found guilty of abuse of dominance. These unbounded penalties would provide a better balance of incentives to deter abusive conduct and hopefully reduce the caseloads of the Bureau and the Tribunal. They, along with the Tribunal's forthcoming general power to issue interim cease and desist orders in an expeditious way, as would be granted under Bill C-23, would make the existing provisions that are specific to the airline industry redundant. The airline industry-specific provisions could then be abolished to permit the return of the *Competition Act* to its traditional status as a law of general application.

The Committee further recommends the deletion of the condition of "substantial or complete control" in the abuse of dominance section of the Act. This would bring the abuse of dominance provision closer to conformity with the concept of market power as it has evolved through judicial interpretation and other sections of the Act. This amendment, along with the Competition Tribunal's new power to assess monetary penalties under abuse of dominance, would support the decriminalization of the

anticompetitive pricing provisions — predatory pricing, vertical price maintenance, and price discrimination — as reflected in contemporary economic thinking. Criminal-like deterrence could be maintained when such behaviour constitutes an abuse of dominance, while reducing, if not eliminating, the chilling effect on pro-competitive applications of these pricing practices.

In regards to the process of merger review, the Committee recommends the establishment of an independent task force of experts for the study of the role efficiencies should play in all civilly reviewable sections of the *Competition Act*. In terms of refusal to deal, the Committee recommends that the Competition Bureau issue an interpretation guideline clarifying whether section 75 would apply to the circumstance where a supplier in a market characterized by supply shortages could selectively ration its available supply in such a manner as to discriminate against independent retailers.

In light of all of these recommended changes, the Competition Bureau must commit to rewriting its enforcement guidelines on strategic alliances, merger review and abuse of dominant position, not the least of which must be expanded to include predatory pricing, vertical price maintenance and price discrimination practices.

Finally, the Committee is convinced that these recommendations reflect the expert testimony it received; this testimony was thorough and comprehensive. A consensus was reached on most issues, allowing for specific and concrete recommendations to be made. Where a consensus was not immediately obtainable, further study was recommended. As such, we believe this report has the makings of a blueprint for a government White Paper on competition policy in Canada and the next round of amendments to the *Competition Act*.

APPENDIX A
WITNESSES

Associations and Individuals	Date	Meeting
As Individual	04/12/2001	59
George Addy, Lawyer, Osler, Hoskin & Harcourt		
A. Neil Campbell, Lawyer, McMillan Binch		
Jeffrey Church, Professor, University of Calgary		
Paul Crampton, Lawyer, Davies Ward Phillips & Vineberg		
Calvin Goldman, Lawyer, Davies, Ward & Beck		
Lawson Hunter, Lawyer, Stikeman Elliott		
Tim Kennish, Lawyer, Osler, Hoskin & Harcourt		
Donald McFetridge, Professor, Carleton University		
John Quinn, Lawyer, Blakes, Cassels & Graydon		
Thomas Ross, Professor, University of British Columbia		
Robert Russell, Lawyer, Borden Ladner Gervais		
Margaret Sanderson, Vice-President, Charles River Associates		
John Scott, President, Canadian Federation of Independent Grocers		
John Sotos, Lawyer, Sotos Associates		
Roger Ware, Professor, Queen's University		
Douglas West, Professor, University of Alberta		
Stanley Wong, Lawyer, Davis and Company		
Department of Industry	31/01/2002	64
Gaston Jorré, Acting Commissioner of Competition		
André Lafond, Deputy Commissioner of Competition, Civil Matters Branch		
R.W. McCrone, Assistant Deputy Commissioner of Competition, Criminal Matters		

Associations and Individuals	Date	Meeting
As Individual	05/02/2002	65
Paul Crampton, Lawyer, Davies Ward Phillips & Vineberg		
Tim Kennish, Lawyer, Osler, Hoskin & Harcourt		
John Rook, Lawyer, Osler, Hoskin & Harcourt		
Robert Russell, Lawyer, Borden Ladner Gervais		
Roger Ware, Professor, Queen's University		
Stanley Wong, Lawyer, Davis and Company		

REQUEST FOR GOVERNMENT RESPONSE

Pursuant to Standing Order 109, the Committee requests that the government table a comprehensive response to this report within one hundred and fifty (150) days.

A copy of the relevant Minutes of Proceedings of the Standing Committee on Industry, Science and Technology (*Meetings Nos. 59, 64 and 65 which includes this report*) is tabled.

Respectfully submitted,

Walt Lastewka, M.P.
St. Catharines

Chair

Supplementary Opinion — Canada's Competition Regime

Canadian Alliance Party
Charlie Penson
James Rajotte

Over the past two years, the Standing Committee on Industry, Science and Technology has studied the Competition Act extensively, including several private members bills, the VanDuzer report, the Committee's own interim report of June 2001, Bill C-23 and now a report from the Standing Committee. The Canadian Alliance commends the work of the members of the Standing Committee on this report and on their vigilance in studying the subject of competition policy in Canada.

Throughout these hearings, Canadian Alliance members of the Committee have consistently put forth the view that Canadian consumers and producers are best served not by a tribunal or by government interference in the marketplace, but by genuine, business-to-business competition. The focus of competition policy should not be to protect individual competitors, but should instead be to facilitate competition itself.

While the Canadian Alliance endorses the majority of this report, there are three areas where we disagree with the recommendations — specifically Chapters One, Three and Eight.

Chapter One: Competition Law cannot replace competition

Chapter One recommends that conspiracy-related crimes against competition (i.e. price fixing) should be one of the most important concerns for the Competition Bureau. It also supports the idea that there should be no special rules for specific industries within overarching framework law.

In the opinion of the Canadian Alliance, the underlying theme of market regulation contained in Chapter One is fundamentally flawed. The Liberal party's policy of tinkering with competition law and regulating the market place cannot replace the need for a healthy business environment.

The report acknowledges the monopoly-creating distortion of government policies, such as foreign ownership rules, which act as barriers to entry in the airline and retail book industries. Canada's small domestic market and large geography are usually used as justification for regulation, but the Canadian Alliance believes that these problems have been compounded by the Liberal government's approach to industrial policy. There are too many sectors in the Canadian economy that escape market forces — telecommunications, wheat marketing, and transportation being examples. It

is far better to have a proper business and tax environment for many competitors than regulation for a few.

Direct government interference in these sectors has resulted in reduced competition. The Liberal's reaction is not to reduce regulations, but to compensate by amending the Competition Act. This approach compromises competition law and does not facilitate competition. For example, the government has amended the *Competition Act* to regulate the airline industry using cease and desist powers, monetary penalties and a consumer complaints referee. Yet, all these changes cannot discipline Air Canada like a competitive marketplace would. In addition, framework law such as the *Competition Act* is not the right place to regulate industry.

There is a belief that certain industries must be protected from foreign ownership or interference, but at what cost to the Canadian consumer? The National Energy Program made no sense for the Canadian oil industry and the Canadian Alliance suggests that mandated national ownership is not advantageous for other industries. Even if the situation could be corrected completely by the *Competition Act*, which is doubtful, it would certainly cost much more for the same result a market solution would produce.

In recent years, the Competition Commissioner has approved large-scale mergers in the airline or retail book industry, with caveats that certain assets be sold to other interests. In both cases, the deadlines passed with no prospective buyers coming forward due to government-imposed domestic-ownership rules. The end result in both industries has been a more concentrated monopoly and less choice for the Canadian consumer.

The Canadian Alliance therefore recommends:

The Liberal government and the Minister of Industry should designate business-to-business competition as one of its highest priorities by making a concerted effort to reduce regulation and government interference in the marketplace.

Chapter Three — Delays at the Competition Tribunal

Chapter Three attempts to deal with difficulties at the Competition Tribunal. The Canadian Alliance would like to call attention to undue delays in reaching a final decision. The abuse of dominance case that WestJet and now defunct Canada 3000 (CanJet) brought against Air Canada case is certainly an example where justice delayed is justice denied. This case will play a part in determining the future of the Canadian airline industry, and yet Air Canada has managed to secure two six-month adjournments. At present, the case is scheduled to resume in Fall 2002 — a full two years after the Air Canada seat sale at issue had taken place.

The Canadian Alliance is very concerned about these developments. Not only is Air Canada not being held accountable for its actions, but much needed clarity on competition rules has been put off again. Continuing ambiguity discourages new entrants into the market. Delays in the process mean that it is very difficult to entice investors to put money into new passenger air carriers.

The Canadian Alliance therefore recommends:

That the Competition Tribunal should increase its efforts to ensure cases brought before it are heard in a timely manner.

Chapter Eight — Vertical Integration in the Oil and Gas Retail Industries.

Chapter Eight is particularly troublesome because the experts convened in preparation for this report did not raise the relationship between vertically integrated corporations and their independent retailers. Indeed, this Chapter is essentially based on one association's point of view and from testimony delivered in October 2001 when the association appeared before the Committee's study of Bill C-23.

The inclusion of this issue in the Committee's report serves to highlight the Liberal government's predisposition to politicize competition law and policy.

It is the opinion of Canadian Alliance members of the Committee that the recommendation to clarify the Bureau's guidelines with respect to Section 75 is not constructive. There are times when scarcity methods of allocation are necessary and retailers should not be able to use private access to leverage their contracts. The Canadian Alliance believes that the Competition Act should not interfere with contract law and these types of complaints would be better dealt with under Section 79 (abuse of dominance).

NDP Dissenting Opinion
Bev Desjarlais, MP Churchill, NDP Industry Critic

Introduction

The Majority Report focuses exclusively on fine-tuning Canada's existing competition laws and makes recommendations to that effect. What the Committee has failed to recognize is that competition laws, while important, are not the be all and end all of competition policy.

Due to its narrow focus, the Majority Report does not consider the implications of other government policies on Canada's overall competitive framework. Tinkering with competition laws, as this Report recommends, will have little impact on competition in Canada without addressing the broader policies government policies that undermine competitive markets.

The Social Benefits of Competitive Markets

It is worth underlining that social democrats support the establishment of competitive markets as a fundamental social good unto itself. Our history in the twentieth century has proven, beyond any doubt, that competitive market economies deliver better, more prosperous, more comfortable and fulfilling lives for citizens than any of the anti-market alternatives. Competitive markets maximize our prosperity by encouraging entrepreneurship and efficiency and by widening consumer choice.

The Liberals and the other right-wing parties talk incessantly about the benefits of markets. Unfortunately, all this talk is merely a smokescreen for policies that distort markets and promote monopoly at the expense of competition.

Perfect Competition

It should go without saying that competition is the basis of a properly functioning market. Economists evaluate the competitiveness of a given market against an idealized model of perfect competition. Perfect competition requires: 1) that buyers and sellers have all the information they need to make informed choices; 2) that there are enough buyers and sellers to prevent any one actor from influencing the market; 3) homogeneous products; 4) that there are no barriers to market entry; and 5) perfect mobility of production factors.

Eliminating Distortion

In real life, markets never achieve the ideals of perfect competition. Any real life factor that interferes with one of the five assumptions of perfect competition is a market distortion. The fewer distortions there are in a given market, the more its outcomes benefit society. Conversely, when markets are distorted, the benefits of competition are reduced or negated. Thus, the object of our government's competition policy should be to eliminate and/or mitigate market distortions.

Regulation vs Distortion: How the Right Distorts Competition

The political right has built a false mythology about markets. This mythology holds that all government regulation is, by definition, a market distortion. It follows from this that removing regulations removes distortions and moves markets closer to perfect competition. The Liberal government uses this ideological approach to justify deregulating everything they possibly can.

The problem with this approach is that regulation is <u>not</u>, by definition, a market distortion. Sometimes it is, but most government regulations actually promote competition by <u>reducing</u> market distortions, thereby making markets <u>more</u> competitive. This is due to the fact that, in the real world, markets have built in distortions. Effective regulations eliminate or mitigate these distortions and make markets more competitive.

Real Life vs Ideology: The Repeated Failures of Deregulation

Without sufficient regulation to eliminate or mitigate distortions, many markets inevitably become, to a greater or lesser degree, anti-competitive, inefficient and harmful to consumer choice. The kinds of markets that are prone to these outcomes when deregulated are those that, structurally, are the furthest from the ideal of perfect competition. The more distortions a market has in its unregulated state, the more anti-competitive it is in the absence of corrective regulations.

In our experience with deregulation in North America, markets with severe barriers to entry and limited numbers of sellers have consistently been the most failure prone when deregulated. Examples of such industries include the airline industry, electricity and health care.

Canada's airline industry is a striking example of an industry in which government deregulation has increased market distortion, leading to a single-airline monopoly. This is because the airline industry is, structurally, so far from the ideal of perfect competition that, in the absence of regulations to correct its distortions, it rapidly trends toward the elimination of competition. It has enormous barriers to market entry and far too few sellers to prevent market manipulation. For consumers, the end result of deregulation

has been the elimination of choice and higher air fares, the opposite of what the government promised when it deregulated the industry.

Outcomes have been similarly negative in the electricity and health care sectors. Jurisdictions that have deregulated electricity markets, such as California and Alberta, have experienced monopolistic price manipulation and, in the case of California, deliberate manipulation of energy supplies that led to blackouts.

America's supposedly free market health care system is, in fact, demonstrably less efficient than Canada's highly regulated system. The American system is also highly intrusive into personal medical decisions. Private insurance companies routinely second guess treatments and prevent Americans from switching doctors. Thus, Canada's highly regulated health care system delivers the benefits of competition, greater efficiency and choice, better than America's less regulated model.

When confronted with the real life failures of their mythology, the Liberal government and others on the political right respond with a convenient tautology. Any time deregulation fails, they simply claim that they did not deregulate enough and use this to justify further deregulation that further distorts the market. This refusal or inability to grasp when cold hard reality contradicts theory is classic ideological behaviour.

How Regulation Promotes Competition

All markets have built in distortions that reduce or negate the benefits of competition. Economists recognize that perfect competition is an unattainable ideal. Regulation promotes competition by eliminating or mitigating market distortions.

For an example of how regulation eliminates market distortion, look no further than your local supermarket. The government imposes very strict labelling regulations on most supermarket products to make sure consumers have information on nutritional factors and price per unit. Since consumer information is one of the requirements of perfect competition, these regulations eliminate a market distortion and help the market function more efficiently. The world is full of similar examples of regulations that expedite commerce, like government regulations of weights and measures and enforcement of standards and labelling on other products, like textiles and consumer durables.

Regulations can also mitigate market distortions to reduce their harmful effects on competition. Let us return to the example of the airline industry. No regulations can eliminate the barriers to market entry, such as the prohibitive start-up costs and the limitations of the supporting infrastructure like airports and air traffic control resources. However, more effective regulations to prevent the Air Canada monopoly from using its market power to systematically destroy all competition could at least mitigate the distortions inherent in this market.

New Democrats, New Vision for Competition

Canada's New Democrats propose a new approach to competition policy, beginning from the assertion that government has a positive role to play in promoting competition by eliminating and mitigating market distortions. This would mean a departure from the dominant mythology that government regulation is automatically distorting.

While New Democrats do not oppose the minor tinkering proposed by the Majority Report, we consider the report inadequate because it is constrained by its narrow focus. There is no discussion of, for example, the role that consumer rights play in competition policy. Well-informed consumers are a necessary part of a healthy competitive market, and one of the requirements for perfect competition, yet the Liberal government continues to ignore growing public demands for more information on the labels of consumer products.

New Democrats have been at the forefront of campaigns for mandatory labelling of genetically modified foods and changes to the Textile Labelling Act that would tell Canadian consumers whether or not the clothes they buy are produced with Third World child labour. By refusing to make this information available to consumers, the Liberal government is deliberately protecting the market distortions created by this lack of information. In so doing, they contradict their stated support for competitive markets and expose their real agenda — to protect companies with existing market power at the expense of new entrepreneurs and competitors who would offer the public a wider range of choices.

Labelling is just one example of an area where the Liberal government's ideologically driven antipathy to regulation results in less competition and choice. Another example is their headlong rush to deregulate industries, like the airline industry, which contain major structural distortions that require regulation to prevent natural monopolies from taking hold. The result of their "deregulate everything" approach is less competition, the rewarding of inefficiency, less choice and higher prices for consumers. The only winners are companies that already have market power, which are free to abuse their dominant market positions. The losers are consumers, smaller and newer businesses, entrepreneurs and society as whole, which loses out on the benefits of a dynamic and innovative economy.

When New Democrats challenge the Liberal government's ideological refusal to promote competition in the economy, the government typically responds with unfounded accusations that the NDP is an enemy of business and enterprise. Nothing could be further from the truth. We do not call for massive government intervention in the economy, but rather a balanced approach focused on promoting healthy competitive markets. Indeed, the real enemies of enterprise are the anti-competitive policies of the government that promote and protect inefficient monopolies, gouge consumers and squeeze the innovation out of our economy by blocking competition from newer, smaller and more dynamic businesses.

MINUTES OF PROCEEDINGS

Tuesday, April 9, 2002
(*Meeting No. 74*)

The Standing Committee on Industry, Science and Technology met *in camera* at 9:15 a.m. this day, in Room 308, West Block, the Chair, Walt Lastewka, presiding.

Members of the Committee present: Larry Bagnell, Stéphane Bergeron, Walt Lastewka, Serge Marcil, Dan McTeague, James Rajotte, Andy Savoy and Paddy Torsney.

Acting Member present: Cheryl Gallant for Charlie Penson.

In attendance: *From the Library of Parliament*: Dan Shaw and Geoffrey P. Kieley, Research Officers.

Pursuant to the Committee's mandate under Standing Order 108(2), the Committee resumed consideration of the Competition Law and Policy *(See Minutes of Proceedings, Tuesday, December 4th, 2001, Meeting No. 59).*

It was agreed, — That pursuant to Standing Order 109, the Committee request that the Government table a comprehensive response to this report within one hundred fifty (150) days.

It was agreed, — That the Chair be authorized to make such typographical and editorial changes as may be necessary without changing the substance of the Draft Report to the House.

It was agreed, — That the Draft Report (as amended) be concurred in.

Ordered, — That the Chair present the Report (as amended) to the House at the earliest possible opportunity.

It was agreed, — That in addition to the 550 copies printed by the House, an additional 1000 copies of the Report be printed in a tumble format.

It was agreed, — That a News Release be issued.

It was agreed, — That a News Conference be held upon presentation of the Report.

It was agreed, — That the Committee express its appreciation for the professionalism and excellent work of Daniel Shaw and Geoffrey Kieley, Research Officers, Library of Parliament and Norm Radford, Clerk Committees Directorate.

At 11:00 a.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

Normand Radford
Clerk of the Committee

CHAMBRE DES COMMUNES
CANADA

Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien

Rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie

Walt Lastewka, député
Président

Avril 2002

Le Président de la Chambre des communes accorde, par la présente, l'autorisation de reproduire la totalité ou une partie de ce document à des fins éducatives et à des fins d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou en vue d'en préparer un résumé de journal. Toute reproduction de ce document à des fins commerciales ou autres nécessite l'obtention au préalable d'une autorisation écrite du Président.

Si ce document renferme des extraits ou le texte intégral de mémoires présentés au Comité, on doit également obtenir de leurs auteurs l'autorisation de reproduire la totalité ou une partie de ces mémoires.

Les transcriptions des réunions publiques du Comité sont disponibles par Internet : http://www.parl.gc.ca

En vente : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada — Édition, Ottawa, Canada K1A 0S9

Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien

Rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie

Walt Lastewka, député
Président

Avril 2002

COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE

PRÉSIDENT

Walt Lastewka, député	St. Catharines, Ontario

VICE-PRÉSIDENTS

Dan McTeague, député	Pickering—Ajax—Uxbridge, Ontario
Charlie Penson, député	Peace River, Alberta

MEMBRES

Larry Bagnell, député	Yukon, Yukon
Stéphane Bergeron, député	VerchèresLes-Patriotes, Québec
Scott Brison, député	Kings—Hants, Nouvelle-Écosse
Bev Desjarlais, députée	Churchill, Manitoba
Jocelyne Girard-Bujold, députée	Jonquière, Québec
Serge Marcil, député	Beauharnois—Salaberry, Québec
James Rajotte, député	Edmonton-Sud-Ouest, Alberta
Andy Savoy, député	Tobique—Mactaquac, Nouveau-Brunswick
Brent St. Denis, député	Algoma—Manitoulin, Ontario
Paddy Torsney, députée	Burlington, Ontario
Joseph Volpe, député	Eglinton—Lawrence, Ontario
Susan Whelan, députée	Essex, Ontario

GREFFIER DU COMITÉ

Normand Radford

DE LA DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE DE LA BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Daniel Shaw, attaché de recherche
Geoffrey Kieley, attaché de recherche

LE COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE

a l'honneur de présenter son

HUITIÈME RAPPORT

Conformément à l'article 108(2) du Règlement, le Comité a procédé à une étude du cadre et de la politique de concurrence du Canada et notamment de la *Loi sur la concurrence*. Après avoir entendu les témoignages, le Comité a convenu de présenter le rapport suivant à la Chambre.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS DU PRÉSIDENT ix

PRÉFACE xi

LISTE DES RECOMMANDATIONS xv

INTRODUCTION 1

CHAPITRE 1 : LE RÉGIME DE CONCURRENCE DU CANADA EN CONTEXTE 7

L'interaction entre la concurrence et la politique de concurrence 7
Un cadre concurrentiel optimal 8
Loi cadre et dispositions spéciales 12

CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE* 17

Le point sur la concurrence 17
Notre dossier en matière d'application de la *Loi* 18
La jurisprudence et les lignes directrices en matière d'application 25
Outils d'application comportant des délais rigoureux 27
Indépendance du commissaire et reddition des comptes 31
Droit privé d'action 34
Ressources du Bureau de la concurrence 36
Effet dissuasif des amendes et de l'emprisonnement 37

CHAPITRE 3 : LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE 39

Organisation et composition du Tribunal 39
Délais 41
Équité procédurale 43
Gestion des instances 46
Équilibrer les facteurs incitatifs : Dommages-intérêts, frais de contentieux et amendes 49
Jurisprudence — Encourager les causes légitimes 54
Ressources du Tribunal 56
La *Loi sur le Tribunal de la concurrence* 56
Droit automatique d'appel 57

CHAPITRE 4 : COMPLOTS ET AUTRES ENTENTES HORIZONTALES 59

Le continuum organisationnel 59

Historique du traitement légal des complots 61
Le caractère exécutoire de l'article 45 63
La solution en deux volets : pénal et civil 64
Le volet pénal 66
Le volet civil 67
Alliance stratégiques et préautorisations 70

CHAPITRE 5 : LES DISPOSITIONS RELATIVES À L'ÉTABLISSEMENT DE PRIX ANTICONCURRENTIELS 73

Prix d'éviction 73
Maintien des prix 77
Discrimination par les prix 82

CHAPITRE 6 : L'ABUS DE POSITION DOMINANTE 87

Éléments de fond 87
Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix : L'approche civile 90

CHAPITRE 7 : EXAMEN DES FUSIONS 95

Processus d'examen des fusions 95
Examen des fusions — Charge de travail et normes de service 97
Bilan de la mise en application de la *Loi* en matière de fusions 100
Seuils d'examen 104
Fusions et gains d'efficience 106

CHAPITRE 8 : REFUS DE VENDRE 109

CONCLUSION 115

ANNEXE A — TÉMOINS 119

RÉPONSE DU GOUVERNEMENT 121

OPINIONS COMPLÉMENTAIRE ET DISSIDENTE

Alliance canadienne 123
Nouveau Parti démocratique 127

PROCÈS-VERBAL 133

AVANT-PROPOS DU PRÉSIDENT

En juin 2000, le Comité permanent de l'industrie, comme il s'appelait à l'époque, a produit un *Rapport intérimaire* intitulé *Examen de la Loi sur la concurrence.* Ce rapport faisait suite à un examen indépendant, sollicité par le Bureau de la concurrence à la demande pressante de l'honorable John Manley, ministre de l'Industrie, des dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux prix anticoncurrentiels et de leur application par le Bureau. Les professeurs J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, tous deux de l'Université d'Ottawa, se sont chargés de cette étude en profondeur de divers agissements (établissement de prix abusifs, discrimination par les prix et maintien des prix). Le fruit de leur travail, intitulé *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratiques*, baptisé par la suite Rapport VanDuzer, a été présenté au Comité en octobre 1999.

Après réception de ce document et pendant que le Comité menait ses audiences, le Bureau a chargé le Forum des politiques publiques, organisme neutre et sans but lucratif dont le but est d'améliorer la qualité de l'administration publique au Canada, de consulter la population sur la teneur de quatre projets de loi d'initiative parlementaire (C-402, C-438, C-471 et C-472) proposant des changements à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur le Tribunal de la concurrence.* Deux de ces projets de loi reprenaient en gros les points étudiés par le Comité. Parce qu'il ne souhaitait pas porter préjudice à ce travail de consultation, le Comité a décidé de ne pas se prononcer sur les éléments particuliers des projets de loi, de ne présenter qu'un *Rapport intérimaire* et donc de n'intervenir qu'une fois les consultations terminées et le rapport connexe publié.

En décembre 2000, le Forum des politiques publiques a publié son rapport intitulé *Modifications de la Loi sur la concurrence et de la Loi sur le Tribunal de la concurrence : rapport sur les consultations,* qui résumait les mémoires reçus et les discussions tenues lors des tables rondes. Le gouvernement a ensuite décidé de regrouper certaines portions des quatre projets de loi d'initiative parlementaire en un projet de loi émanant du gouvernement. Il a retenu les segments sur lesquels il pouvait y avoir consensus, en tenant compte notamment de certaines conclusions de *l'Examen de la Loi sur la concurrence* et du rapport du Forum. Tous ces efforts ont abouti au projet de loi C-23, *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence*, renvoyé au Comité pour étude après la première lecture en Chambre, plutôt qu'après la seconde lecture seulement; il a ainsi été possible d'effectuer un examen plus complet du projet de loi et des lois à modifier. De la sorte, le Comité a pu étudier plus à fond les changements envisagés et en recommander d'autres, si besoin était.

Le projet de loi est articulé autour de quatre grands axes : 1) la création d'une nouvelle infraction, « la documentation trompeuse », portant notamment sur les « cartes à gratter »; 2) la facilitation de la collaboration avec les autorités étrangères en matière de concurrence pour exécuter les dispositions de droit civil relatives à la concurrence et aux pratiques commerciales loyales; 3) la rationalisation des méthodes administratives du Tribunal de la concurrence en prévoyant la détermination des frais, la procédure

sommaire et les renvois; 4) l'élargissement du cadre dans lequel le Tribunal peut rendre une ordonnance provisoire. Après consultation de nombreux spécialistes du droit de la concurrence et de certains membres du monde des affaires, le Comité a amendé le projet de loi à deux égards importants. S'il reçoit la sanction royale tel qu'amendé, le projet de loi permettra aux intérêts privés d'avoir accès au Tribunal pour résoudre des différends à propos d'un nombre limité de pratiques commerciales qui sont considérées par les lois comme pouvant faire l'objet d'un examen en droit civil. Le Tribunal pourra aussi désormais imposer une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 15 millions de dollars si un transporteur aérien est déclaré coupable d'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*, ce qui comprendrait les pratiques d'éviction).

Le Comité estime que les amendements au projet de loi C-23 portant sur les deux lois sur la concurrence constituent un bon début, mais qu'il faut faire davantage pour répondre aux préoccupations que soulève la législation antitrust. Dans certains cas, la *Loi sur la concurrence* couvre trop de pratiques commerciales, ce qui refroidit, chez certaines des entreprises les plus productives au Canada, des comportements légitimes tout à fait conformes à l'esprit de libre concurrence. Par ailleurs et dans d'autres situations, ces lois passent sous silence de nombreuses pratiques qui semblent pour le moins anticoncurrentielles et peuvent même constituer des agissements antisociaux flagrants. Il convient donc d'apporter d'autres changements, et le Comité est d'accord avec l'approche en plusieurs étapes que préconise le gouvernement pour cette réforme. Le Comité a organisé quatre tables rondes auxquelles ont participé plus de 20 éminents experts du droit de la concurrence, ainsi que des rencontres formelles et informelles avec le Bureau et des membres du Tribunal, respectivement, pour suggérer diverses possibilités et un calendrier pour la réforme.

Aussi intéressants et variés qu'aient été les points de vue exprimés par les spécialistes de la politique de concurrence sur un certain nombre de pratiques commerciales et la légitimité de ces dernières aux yeux de la *Loi*, ainsi que sur la façon dont le Bureau et le Tribunal devraient les examiner, ils n'en sont pas pour autant trop dissemblables pour empêcher un consensus. Le Comité estime que le présent rapport illustre ce consensus. Nous encourageons toutefois le lecteur qui n'est pas familier avec le sujet à lire notre *Rapport intérimaire* avant d'entamer le présent document; il y gagnera une compréhension et une appréciation accrues des compromis nécessaires entre les divers enjeux.

Pour le moment, j'aimerais remercier tous ceux qui ont participé aux vastes audiences que nous avons menées et qui nous ont communiqué leur point de vue. Le public conviendra, j'en suis sûr, que ce rapport reflète les préoccupations ainsi que les valeurs et les priorités communes des Canadiens dans le domaine de la politique et de la législation en matière de concurrence et de l'application de ces dernières. Enfin, je tiens au nom de tous les membres du Comité à remercier la présidente antérieure, Mme Susan Whelan, et à saluer son importante contribution à l'élaboration de ce rapport.

PRÉFACE

Le Canada légifère dans le domaine de la concurrence et applique des lois antitrust depuis plus de 100 ans. Si les noms des lois ont changé plusieurs fois au cours des années[1], chaque révision a permis de raffiner la législation et de produire un meilleur instrument de défense de l'intérêt public. Il a fallu combler les grandes lacunes de la *Loi*, car il est vite devenu manifeste dès les premières contestations que l'applicabilité de celle-ci était sérieusement limitée. Le Canada a été le premier pays industrialisé à adopter une loi antitrust (en 1889), mais, d'un point de vue pratique, il n'a pas tardé à prendre du retard par rapport à la plupart des pays industriels en matière de concurrence. Dans les années se situant entre 1889, date de la première loi, et 1986, date de la *Loi* maintenant en vigueur, le Canada ne pouvait se vanter d'être à l'avant-garde en matière de législation sur la concurrence; il y avait beaucoup à faire et cela est encore vrai pour un nombre limité de dossiers importants, s'il souhaite atteindre un si haut sommet.

Le but premier de la législation, de la première à la dernière loi, demeure le même : réprimer les complots et les entraves monopolistiques au commerce (sauf celles découlant de lois fédérales et provinciales). Le *Rapport intérimaire du Comité sur l'examen de la Loi sur la concurrence*. (appelé ci-après *Rapport intérimaire*) revient sur les révisions apportées jusqu'ici. Dans le présent document, désireux de ne pas s'étendre sur l'aspect historique, le Comité partira de l'adoption de la *Loi sur la concurrence* et de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, en 1986 et, par souci de concision, nous ne rappellerons que les principales modifications à ces lois et les conditions économiques qui les ont suscitées.

Pour commencer, le Comité observe cinq tendances économiques relativement récentes, qui sont de plus en plus généralisées dans la société d'aujourd'hui et qui, selon toute probabilité, ne peuvent être dissociées de l'économie du savoir que nous sommes en train de bâtir. Ce sont : 1) une nouvelle orientation des stratégies des sociétés qui recherchent un avantage concurrentiel en réalisant des économies d'échelle et de gamme et en s'orientant vers l'innovation; 2) une tendance à déstratifier les pyramides hiérarchiques en confiant des activités non essentielles à des entreprises distinctes et en forgeant des alliances stratégiques ou, autrement dit, en établissant des réseaux dans l'espoir d'accroître la productivité; 3) l'adoption de nouvelles technologies, surtout numériques, qui exigent des investissements de départ substantiels s'accompagnant de coûts unitaires marginaux nuls ou presque, susceptibles d'entraîner des politiques de tarification très dynamiques en cas d'essoufflement économique; 4) l'adoption de produits (par exemple de logiciels comme Microsoft Windows) qui peuvent devenir la norme d'une

---

1 La première loi sur la concurrence *Acte à l'effet de prévenir et de supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce* a été adoptée en 1889. Elle a été abrogée et remplacée en 1915 par une législation contre les coalitions. Cette nouvelle loi a été elle-même abrogée et remplacée par deux nouvelles lois : la *Loi sur la commission de commerce* et la *Loi des coalitions et des prix raisonnables* de 1919 considérées ultérieurement comme *ultra vires*. Ces lois ont été remplacées en 1923 par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, elle-même abrogée, entièrement remaniée et remplacée par la *Loi sur la concurrence* de 1986.

industrie, ce qui entraîne souvent des effets de réseau[2] et peut mener à des niveaux inhabituellement élevés de concentration du marché (proche du monopole); et 5) l'internationalisation du commerce et de l'investissement dans le sillage des nouvelles technologies de transports et de communications, qui s'accompagnent d'une réduction des coûts, et de politiques publiques favorisant l'élimination des grandes barrières tarifaires s'opposant au commerce mondial. Chacun de ces nouveaux phénomènes a été un catalyseur des changements à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur le Tribunal de la concurrence.*

Cette évolution économique et les préoccupations en matière de concurrence qu'elle soulève sont peut-être les principales raisons des nombreux projets de loi du gouvernement et d'initiative parlementaire qui ont figuré au *Feuilleton* de la Chambre des communes. L'un des meilleurs baromètres du mécontentement public à l'égard de ce qui se passe sur les marchés est le nombre de projets de loi et de modifications législatives. Pour ce qui est de la *Loi sur la concurrence* et de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, il y a eu au cours des deux dernières années neuf projets de loi d'initiative parlementaire et deux projets de loi du gouvernement (projet de loi C-26 au cours de la 36e législature et projet de loi C-23 au cours de la 37e législature).

Le Comité estime que l'apparition quasi simultanée de ces projets de loi et des tendances économiques que nous venons d'évoquer n'est pas le fruit du hasard; il y aurait là un lien de cause à effet. Par exemple, le réseau téléphonique local est l'exemple type d'une « économie de réseau ou d'une externalité de réseau ». La télévision par câble, les services de marchandises ferroviaires ou encore la distribution d'électricité et de gaz naturel appartiennent également à cette catégorie particulière, tout comme les transports aériens, qui viennent de faire l'objet d'une déréglementation. Certaines des technologies utilisées par les sociétés aériennes affichent également des coûts unitaires marginaux très faibles par rapport aux coûts globaux. De longue date, on réglemente ces cas de « monopole naturel » ou quasi naturel. Depuis la fin des années 80, toutefois, les services aériens, les services de marchandises ferroviaires, ainsi que les communications téléphoniques interurbaines et internationales, ont été déréglementés en partie, car, du fait de l'évolution de la technologie, ils ne constituent plus des monopoles naturels. Seule la déréglementation des services aériens a prêté à la controverse. Le marché canadien de taille relativement petite et le maintien par le gouvernement fédéral des restrictions sur la propriété étrangère dans le domaine de l'exploitation des services aériens ont produit un marché fortement concentré, ce qui a mécontenté le public et les candidats potentiels dans le secteur. Le projet de loi C-26, adopté en 2000, pendant la 36e législature, visait à régler le problème après l'échec des Lignes aériennes Canadien International et leur fusion avec Air Canada. C'est la disparition de nombreuses petites sociétés aériennes au cours des quelques dernières années (Royal Airlines, Greyhound Airlines, Canjet,

---

2 L'effet de réseau ou économie de réseau fait référence à la valeur ajoutée qu'un individu adhérant déjà à un réseau commercial apporte à un service en y ajoutant des clients. Sur le modèle du réseau téléphonique, plus le nombre d'abonnés locaux est grand, plus chacun des abonnés est disposé à payer cher le service. Cette économie de réseau est souvent appelée externalité de réseau, car sa valeur est externe à l'entreprise, mais interne au secteur. Les autorités de réglementation du monde entier ont saisi et exploité cette externalité par des règlements obligatoires et implicites de tarification d'interfinancement.

Canada 3000) et la domination pure et simple d'Air Canada sur le marché canadien qui ont suscité la présentation d'un amendement au projet de loi C-23. Cet amendement donnerait au Tribunal de la concurrence le pouvoir d'infliger une pénalité d'ordre administratif allant jusqu'à 15 millions de dollars à un transporteur aérien déclaré coupable d'abus de position dominante. Ainsi, le gouvernement abandonne son approche traditionnelle, qui consiste à donner aux autorités de réglementation du secteur les pouvoirs nécessaires pour contrôler directement ces aspects des comportements concurrentiels. Le gouvernement a préféré établir « des règles particulières pour des secteurs distincts », ce qui remet en question l'affirmation selon laquelle la *Loi sur la concurrence* est une loi cadre, sous prétexte que ce secteur est de juridiction fédérale pour ce qui est de la réglementation.

Le projet de loi C-23 porte sur l'internationalisation croissante du commerce, de deux façons importantes. Tout d'abord, il facilite la coopération entre le Bureau de la concurrence et les autorités étrangères dans l'application des règles civiles en matière de concurrence, maintenant que les pratiques monopolistiques peuvent transcender les frontières nationales. En second lieu, le Comité a amendé le projet de loi pour donner aux intérêts privés accès au Tribunal de la concurrence en cas de litige sur un certain nombre de pratiques commerciales considérées comme pouvant faire l'objet d'un examen au civil en vertu des lois. L'amendement devrait rassurer un grand nombre de petites et moyennes entreprises forcées d'affronter des grandes multinationales cherchant à abuser de leur position dominante.

En fin de compte, l'innovation croissante dans la plupart des secteurs de l'économie exige une résolution plus rapide des différends entre les intérêts privés et le Bureau, lorsqu'il y a controverse sur la concurrence. Le projet de loi C-23 répond à cette exigence en permettant de rationaliser les processus administratifs du Tribunal, par des attributions de dépens, des dispositions sommaires et des renvois.

Le projet de loi C-23 constitue un premier pas important dans la consolidation de la *Loi sur la concurrence*. Il faudra toutefois faire plus. L'industrie et les experts de la concurrence déplorent que la *Loi* ait une portée trop grande dans certains domaines antitrust, et pas assez dans d'autres. Son champ d'application serait trop large par exemple du fait qu'elle ne fait pas la distinction entre une alliance stratégique et un complot visant à relever les prix au détriment du public, ce qui a pour effet de freiner certaines initiatives rentables et peu nuisibles du point de vue de la concurrence que le milieu des affaires aurait prises autrement (malgré la publication par le Bureau d'un bulletin intitulé *Les Alliances stratégiques en vertu de la Loi sur la concurrence*). On suppose généralement qu'une alliance stratégique est préférable à une fusion complète, pour obtenir la collaboration de sociétés rivales ayant des compétences essentielles distinctes. L'exemple classique d'une portée trop petite se trouve dans le terme « indûment » dans l'article 45 de la *Loi* — qui porte sur les complots —, lequel gêne l'obtention d'une condamnation dans un cas contesté; cela est vrai même lorsque l'affaire constitue finalement un véritable cartel n'ayant aucune valeur sociale en compensation.

Qui plus est, un nombre croissant d'intervenants estiment que le *Code criminel* ne peut guère faire la distinction entre le comportement anticoncurrentiel et les comportements proconcurrentiels parfaitement légitimes, lorsqu'il s'agit de discrimination par les prix, d'établissement de prix abusifs et de maintien des prix à la verticale. Il y a lieu de réfléchir à un éventuel transfert de ces dispositions de tarification du côté de la *Loi* pouvant faire l'objet d'un examen au civil. Les questions de ressources du Bureau de la concurrence, notamment les seuils pour l'examen des fusions, sont également préoccupantes, tout comme les procédés et les pouvoirs du Tribunal de la concurrence. Le présent rapport a pour objet de trouver une solution à ces questions.

LISTE DES RECOMMANDATIONS

1. Que le Bureau de la concurrence désigne le complot comme l'une de ses principales priorités et qu'il y affecte les ressources nécessaires à l'application de la loi en conséquence. À titre indépendant ou en collaboration avec ses homologues des autres pays, qu'il continue de respecter les actuelles stratégies d'application de la loi qui visent les complots contre le public, qu'ils soient d'ampleur nationale ou internationale. Que le Bureau de la concurrence se penche de façon régulière sur ses stratégies de détection des infractions criminelles dans le but d'améliorer les résultats qu'il obtient à cet égard.

2. Que le Bureau de la concurrence revoie ses directives, ses politiques et ses pratiques en matière d'application de la *Loi* pour s'assurer qu'une importance suffisante soit accordée aux gains d'efficience dynamiques compte tenu des nouveaux défis que pose l'économie du savoir, notamment : 1) une innovation rapide; 2) des coûts marginaux décroissants ou nuls pour chaque unité de production supplémentaire; 3) l'éventuel désir de domination du marché par une entreprise, établissant ainsi une nouvelle norme sectorielle; et 4) la fragilité croissante des positions dominantes.

3. Que le gouvernement du Canada donne au Tribunal de la concurrence le droit d'imposer des sanctions d'ordre administratif à quiconque viole les articles 75, 76, 77, 79 et 81 de la *Loi sur la concurrence.* Le Tribunal aurait toute discrétion pour établir ces sanctions.

4. Que le gouvernement du Canada abroge toutes les dispositions de la *Loi sur la concurrence* qui visent précisément l'industrie du transport aérien (paragraphes 79(3.1) à 79(3.3) et articles 79.1 à 104.1).

5. Que le gouvernement du Canada fournisse au Bureau de la concurrence les ressources nécessaires à l'application efficace de la *Loi sur la concurrence.*

6. Que le Tribunal de la concurrence élabore une politique visant une attribution juste et équitable des dépens, compte tenu des ressources dont disposent les parties à l'instance. Qu'une telle politique tienne compte des avantages qu'il y aurait à exempter les petites entreprises des frais de contentieux devant le Tribunal.

7. Que le Tribunal de la concurrence, en consultation avec le Comité de liaison Tribunal/Barreau, poursuive son examen continu des

procédures afin de créer un régime d'arbitrage capable d'assurer des « résultats justes » rapidement et en temps voulu. L'objectif devrait être de réduire les délais et les coûts pour les parties dans les affaires contestées, tout en prenant dûment en considération les principes d'équité procédurale et d'apparence de la justice.

8. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* de façon à étendre les droits privés d'action aux situations d'abus de position dominante (article 79) ainsi qu'à autoriser le Tribunal à accorder des dommages-intérêts dans les actions intentées à titre privé (articles 75, 77 et 79).

9. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 124.2 de la *Loi sur la concurrence* pour qu'une partie à une affaire contestée aux termes des parties VII.1 ou VIII puisse soumettre au Tribunal toute question de droit, de compétence, de pratique ou de procédure liée à l'application ou à l'interprétation de l'une ou l'autre de ces parties.

10. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 12 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* pour que tous les membres qui instruisent une affaire puissent se prononcer sur les questions de droit.

11. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* pour exiger qu'on ne puisse interjeter appel de toute ordonnance ou décision du Tribunal qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale.

12. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour traiter les ententes entre concurrents selon une méthode à deux volets. Le premier volet conserverait la disposition concernant les complots (article 45) à l'égard des ententes conclues expressément pour réduire la concurrence, que ce soit directement par une hausse des prix ou indirectement par des restrictions à la production ou le partage de marchés, comme la distribution des clients ou des territoires, ou encore le boycott collectif de fournisseurs ou de clients. Le second volet concernerait tous les autres types d'ententes entre concurrents dans lesquelles les entraves à la concurrence sont secondaires à l'objectif principal et général d'une entente.

13. Que le gouvernement élimine le terme « indûment » des dispositions sur le complot (article 45) de la *Loi sur la concurrence*.

14. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* par l'adjonction à l'article 45 de dispositions

prévoyant des exceptions, par exemple lorsque : 1) la limitation de la concurrence fait partie intégrante d'une entente plus large qui devrait créer des gains d'efficience ou encourager l'innovation et 2) la limitation de la concurrence est raisonnablement nécessaire pour réaliser ces gains d'efficience ou stimuler l'innovation. L'obligation de prouver les faits hors de tout doute raisonnable pour une telle exception incomberait à ceux qui proposent l'entente.

15. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* par l'adjonction à l'article 45 d'un paragraphe qui interdirait toute poursuite aux termes du paragraphe 45(1) contre quiconque est l'objet d'une ordonnance demandée en vertu de l'un quelconque des articles portant sur des affaires que le Tribunal peut examiner et s'appliquant essentiellement aux mêmes agissements.

16. Que le gouvernement du Canada modifie la partie de la *Loi sur la concurrence* relevant du droit civil pour y ajouter un article sur l'alliance stratégique prévoyant un examen des ententes horizontales entre concurrents. Cet article prévoirait, dans la mesure du possible, le même traitement que les dispositions d'examen des fusions (articles 92 à 96) et autoriserait le commissaire à la concurrence à renvoyer au Tribunal de la concurrence toute entente qui a ou pourrait avoir pour effet d'empêcher ou d'amoindrir substantiellement la concurrence sur un marché.

17. Que le gouvernement du Canada fasse en sorte que l'article proposé sur les alliances stratégiques s'inscrivant dans la partie relevant du droit civil (recommandation n° 16) s'applique aux ententes entre acheteurs et vendeurs concurrents, mais non aux ententes verticales comme celles pouvant faire l'objet d'un examen aux termes des articles 61 et 77 de la *Loi sur la concurrence*.

18. Que le Bureau de la concurrence rédige et diffuse des directives sur l'application des dispositions visant les complots, les alliances stratégiques et autres ententes horizontales entre concurrents conformes aux modifications de la *Loi sur la concurrence* proposées aux recommandations 12 à 17.

19. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour créer un système de préautorisations permettant de distinguer les ententes horizontales favorables à la concurrence ou ayant peu d'effet à cet égard de celles passibles de sanctions pénales conformément au paragraphe 45(1) de la *Loi*. Que le Bureau de la concurrence lève des droits en échange

de la délivrance des certificats de préautorisation, fondés sur les principes de recouvrement des coûts semblables à ceux applicables au processus d'examen des fusions. Que le commissaire de la concurrence ait un délai raisonnable pour donner suite aux demandes de certificat, après quoi le demandeur sera réputé avoir reçu son autorisation.

20. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour que les particuliers qui n'ont pu obtenir, du commissaire de la concurrence, de certificat de préautorisation à l'égard d'une entente horizontale entre concurrents puissent s'adresser au Tribunal de la concurrence pour y obtenir une audience équitable relativement à l'entente proposée. Que ce droit de comparaître ne soit accordé que si l'entente est toujours proposée et n'a pas été réalisée.

21. Que le gouvernement du Canada abroge les alinéas 50(1)*b*) et 50(1)*c*) de la *Loi sur la concurrence* et modifie cette dernière pour que l'établissement de prix d'éviction fasse partie des agissements anticoncurrentiels visés par les dispositions sur l'abus de position dominante (article 79).

22. Que le gouvernement du Canada abroge la disposition sur le maintien des prix (article 61) de la *Loi sur la concurrence*. Pour établir une distinction entre les pratiques qui sont anticoncurrencielles et celles qui sont sans importance à cet égard ou pro-concurrencielles, que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* : 1) en insérant dans la disposition sur le complot (article 45) les pratiques de maintien des prix entre concurrents (sur l'axe horizontal), qu'il s'agisse de fabricants ou de distributeurs; et 2) en prévoyant que les ententes de maintien des prix entre fabricants et distributeurs (sur l'axe vertical) fassent l'objet d'un examen aux termes de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79).

23. Que le gouvernement du Canada abroge les dispositions sur la discrimination par les prix (alinéa 50(1)*a*) et article 51) de la *Loi sur la concurrence* pour les intégrer à l'article sur l'abus de position dominante (article 79). Ces dispositions devraient régir tous les types de produits, dont les articles et les services, et tous les types d'opérations, pas seulement les ventes.

24. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* en supprimant l'alinéa 79(1)*a*).

25. Que le Bureau de la concurrence adapte ses *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* afin de tenir compte de l'adjonction des pratiques

anticoncurrentielles en matière de prix (alinéas 50(1)*a*) et 50(1)*c*) et article 61) à l'article 79 de la *Loi sur la concurrence.*

26. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 110 de la *Loi sur la concurrence* pour que les parties à une fusion (acquisition d'éléments d'actif ou d'actions) dans le cadre de laquelle le revenu brut provenant de ventes, au Canada ou en provenance du Canada, s'élève à 50 millions de dollars et plus soient tenues d'aviser le commissaire de la concurrence de la transaction.

27. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* de manière que les seuils de notification des articles 109 et 110 fassent l'objet d'un examen parlementaire dans les cinq ans et tous les cinq ans par la suite afin d'assurer une mise en application optimale de la *Loi sur la concurrence.*

28. Que le gouvernement du Canada constitue immédiatement un groupe de travail indépendant d'experts chargé d'étudier le rôle que devraient jouer les gains d'efficience dans tous les articles de la *Loi sur la concurrence* prévoyant un examen en droit civil et que le rapport du groupe de travail soit soumis à l'examen d'un comité parlementaire dans les six mois suivant le dépôt du présent rapport.

29. Que le Bureau de la concurrence émette une directive d'interprétation précisant si l'article 75 de la *Loi* s'applique au fournisseur qui, dans un marché caractérisé par une pénurie, est en mesure de rationner sélectivement les réserves de produit dont il dispose d'une façon qui soit discriminatoire à l'endroit des détaillants indépendants.

INTRODUCTION

La première loi sur la concurrence canadienne est née de l'aversion du public pour certaines coalitions ou associations d'intérêts formées à la veille du XX^{e} siècle. Toutefois, comme l'histoire l'a démontré, les grosses sociétés issues de fusions et d'acquisitions d'entreprises oeuvrant dans des domaines connexes représentaient pour la plupart une réaction organisationnelle à l'innovation dans les produits et les méthodes, qui s'est traduite par d'énormes économies d'échelle. Ce sont ces économies d'échelle qui ont inspiré de nouvelles stratégies fondées sur des investissements massifs en capital physique et l'engagement vis-à-vis de la création d'activités intégrées faisant appel, en amont, à des matières premières clés et, en aval, à des réseaux de commercialisation et de distribution. Et ce n'est qu'alors que les stratégies ont pu être mises à exécution, à la faveur de l'ouverture de marchés plus lointains et du développement des réseaux télégraphiques et ferroviaires intégrés.

J'encourage le Comité à relever le défi et à dresser un plan plus ambitieux de modernisation de la loi [...]. J'espère que ce plan serait le point de départ d'un Livre blanc [...] qui ouvrirait la prochaine ronde de modifications. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips &Vineberg, 59:11:15]

Malheureusement, la médaille avait un revers. Les avantages sans précédent pour ce qui est des coûts qu'en ont tirés les grandes entreprises ont fait disparaître un grand nombre de petits commerçants. C'est ainsi que la première loi antitrust au monde, la loi canadienne *Acte à l'effet de prévenir et de supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce,* a été adoptée dans le but de rassurer la population à deux égards : tout d'abord, cette transformation industrielle devait se faire de façon ordonnée, c'est-à-dire que seuls les canards boiteux seraient évincés et les petits commerçants compétents seraient protégés des agissements abusifs; ensuite, les bénéficiaires de ces changements technologiques et organisationnels seraient en définitive les consommateurs. La législation antitrust initiale, ainsi que les trois lois qui lui ont fait suite, visaient trois cibles : les collusions ayant pour but de hausser les prix; les fusions et acquisitions à caractère monopolistique; les politiques d'éviction et les agissements abusifs d'une entreprise dominante visant à nuire aux rivaux de plus petite taille, à les contrôler ou à les évincer.

Je pense donc qu'il vous faut [...] modifier la loi afin qu'elle soit plus efficace face aux comportements anticoncurrentiels ainsi que pour contrer l'effet de refroidissement qu'exerce [...] la loi sur une vaste gamme de comportements proconcurrence, qu'il s'agisse des pratiques de prix [...], de coopération horizontale, qui, dans la grande majorité des cas favorise la concurrence dès lors que vous sortez de cette catégorie limitée de comportement criminel de cartel. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips &Vineberg, 59:12:45]

Je pense que la scission en deux volets, infraction pénale contre infraction civile, à l'article 45, s'impose. [...] La raison l'impose. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:55]

La version moderne de cette législation, ayant aujourd'hui pour titre *Loi sur la concurrence*, est un instrument économique bien conçu pour préserver et favoriser le jeu de la concurrence. C'est une loi d'application générale, puisqu'elle vise également tous les secteurs d'activité (sauf ceux visés par une exemption aux termes de la législation fédérale ou provinciale) et ne favorise les intérêts d'aucun concurrent ni d'aucune catégorie de concurrents. La *Loi sur la concurrence*, le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence ont complété le processus concurrentiel en produisant un climat économique dans lequel les infractions sont l'exception plutôt que la règle. Pour ce faire, ils ont :

- établi une vaste structure destinée à maintenir la concurrence, fixant ainsi les règles du jeu;
- assuré la plus grande diffusion possible des lignes directrices de l'organisme d'application de la *Loi*, le Bureau de la concurrence, auprès du milieu des affaires de manière à faire connaître les règles à tous les intervenants;
- permis au Bureau de remplir son rôle de promoteur de la concurrence lors de nombreuses audiences de réglementation et autres activités publiques afin de permettre l'élargissement de la portée des règles;
- veillé judicieusement au respect des nombreuses dispositions de la *Loi* sous la surveillance de l'arbitre, le Tribunal de la concurrence, pour que l'arbitrage soit conforme au règles.

[...] la difficulté avec la réforme de l'article 45 n'est pas tant qu'il y a désaccord quant au mal des cartels purs et durs. La difficulté est de savoir si vous pouvez inscrire dans la loi une définition qui ne soit pas trop inclusive. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:55]

En cette amorce de XXI^{e} siècle, la situation semble analogue à celle qui a caractérisé le début du siècle dernier. L'innovation est de nouveau le moteur du changement, mais il s'agit moins cette fois-ci d'avantages que les économies d'échelle et de gamme découlant de nouveaux investissements en capital physique apportent sur le plan des coûts que d'avantages intellectuels découlant du savoir ou du « capital humain ». Plutôt que d'exploiter la taille et l'envergure d'une entreprise, autrement dit les gains d'efficience provenant d'une direction centralisée d'une hiérarchie industrielle, le monde des affaires s'attache à ne pas gaspiller ses ressources et à faire preuve de dynamisme. De nombreuses firmes modernes créent des entreprises dérivées pour assumer leurs activités non essentielles tout en tissant des réseaux commerciaux toujours plus vastes. Cette structure organisationnelle,

Pourquoi n'avons-nous pas au Canada une affaire Microsoft? Dix-sept États américains, le gouvernement fédéral des États-Unis et l'Europe ont tous examiné cela. Personne ne prétend que l'incidence [...] [est différente]. [...] la réponse[est que] nous ne disposons pas des fonds nécessaires pour engager une telle action pour pratiques abusives ici au Canada. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:50

fondée sur des équipes de travail autonomes, hautement spécialisées et interdisciplinaires, permet de recentrer l'entreprise en cet « âge de l'information » qui fait fond sur la créativité de la main-d'œuvre. Les entreprises misent aussi sur l'accroissement de la productivité par le truchement d'une stratégie axée sur l'avantage concurrentiel au chapitre de la création. Parce que cette évolution des entreprises s'ajoute à des innovations (conteneurisation dans les transports et larges bandes numérisées dans les télécommunications avec et sans fil) ainsi qu'à la plus grande libéralisation des échanges et la déréglementation accrue des secteurs, le paysage commercial devient plus planétaire que national.

Ma propre interprétation de ce que le bureau a [...] rapporté relativement au dossier des fusions est qu'il [...] est assez bien financé en la matière. Les frais aux usagers lui ont assuré des fonds. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:35]

Les nouveaux modèles dont s'inspirent les compagnies aujourd'hui (production juste à temps et format géant) exercent d'énormes pressions sur les petites et moyennes entreprises qui ont du mal à s'ajuster. Et c'est ainsi qu'apparaissent une fois encore de nouveaux points de tension et de fracture dans le cadre de la politique de la concurrence. Même si la *Loi sur la concurrence* est une mesure législative qui tient compte de la pensée économique contemporaine et fournit une approche équilibrée en matière d'application de la *Loi*, il semble qu'elle puisse gagner en efficacité, dans certains domaines, et en efficience, lorsqu'elle est déjà tout à fait efficace. Il convient donc de modifier certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* et méthodes administratives du Tribunal de la concurrence.

Le Comité a proposé des moyens d'instaurer un régime juridique en matière de concurrence à la fois moderne et efficace dans son *Rapport intérimaire*. Nous avons abordé, entre autres questions, le droit privé d'action pour certaines affaires susceptibles d'examen au civil comme le refus de vendre (article 75), l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché (article 77) ainsi que le prix à la livraison (article 80). Après que le Forum des politiques publiques ait constaté un consensus favorable (sous réserve de mesures adéquates contre les procès frivoles ou vexatoires), le Comité a amendé le projet de loi C-23 à l'égard de ces droits (sauf l'article 80). Il a fallu également des amendements corrélatifs. Le Comité a par ailleurs modifié l'article 75 par adjonction d'un critère sur les « effets nuisibles pour la concurrence », qui éliminerait la tentation de litiges commerciaux frivoles, étant donné que

Sur le plan de [...] l'application, votre comité pourrait agir dans trois domaines. Il y a cette question de financement [...]. Il y a aussi celle des mécanismes de contrôle alternatif, comme les recours privés. [...] le recours privé, dans les infractions civiles, aiderait beaucoup le Bureau en le soulageant d'une partie de sa charge de travail. [...] L'autre plan d'action serait une réforme radicale de la procédure du Tribunal. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

le commissaire ne serait plus le gardien de ces dispositions[1].

L'intervention du Comité ne s'arrêtera pas là; nous aimerions que le présent document constitue le plan directeur d'un livre blanc du gouvernement, qui amorcera la prochaine vague de modifications à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Nous signalons les articles à remanier dans les deux lois ainsi que les enjeux liés aux possibilités avancées. Une fois ces possibilités de réforme clarifiées, le Comité les évaluera, cherchera à établir un consensus entre les divers intervenants et recommandera un plan d'action; il fournira peut-être aussi un calendrier de réforme. Dans la mesure du possible, il expliquera de façon détaillée la démarche qu'il aura suivie pour en arriver à certaines préférences, car la transparence est à ses yeux un ingrédient essentiel en matière de réforme sur des questions complexes relatives à la politique de la concurrence et intéressant des intervenants variés.

[...] il y a eu une tendance visant à décrire les actions d'initiative privée comme étant des moyens d'aider le commissaire, de mettre davantage de ressources dans sa poche et de faire une partie de son travail [...], mais ce n'est pas ainsi que je vois les choses en fait. [...] il convient de considérer les actions privées dans un contexte beaucoup plus vaste, [comme] une façon d'élargir la portée des affaires en matière de concurrence. [...] ce qui devrait alimenter une jurisprudence beaucoup plus riche dans laquelle puiser. [Roger Ware, Université Queen's, 59:11:35]

Même si le Comité est loin de s'imaginer qu'une seule combinaison de réformes est possible ou souhaitable, nous signalons au lecteur et au décideur que les recommandations proposées visent des trains de réformes parmi lesquels il est difficile de choisir étant donné la complexité des corrélations entre les différents articles de la *Loi sur la concurrence*. Toute tentative visant à retenir des recommandations de manière à forger un cadre de concurrence ou une stratégie en la matière qui soient différents n'est pas sans conséquences.

Le présent rapport est divisé en plusieurs chapitres. Le premier est consacré au contexte historique de la politique et du droit en matière de concurrence et aux principaux facteurs économiques, décrits dans la présente introduction, qui compliquent le cadre actuel de la

---

1 En règle générale, le critère des « effets sur la concurrence » qu'utilise la *Loi* revient à une « réduction substantielle de la concurrence ». L'article 75 définit néanmoins les « effets nuisant à la concurrence ». La signification de « réduction substantielle de la concurrence » a été précisée dans une certaine mesure au fil des interprétations juridiques et celle des « effets nocifs sur la concurrence » devra être également clarifiée. La description des « effets nocifs » à l'article 75 doit permettre aux PME de bénéficier des recours au nouveau régime d'accès privé. Pour une entreprise ayant une faible part de marché, un refus de vendre pourrait ne pas « réduire substantiellement la concurrence », mais y nuire. L'obligation de démontrer une « réduction substantielle de la concurrence » sur le marché aura probablement pour effet de décourager les poursuites à titre privé sauf dans les affaires les plus importantes.

concurrence au Canada. Il s'articule autour de trois axes. Nous abordons tout d'abord le rôle que le droit de la concurrence devrait jouer d'après notre compréhension des rouages de la concurrence et de l'incidence des politiques publiques complémentaires. Si nous saisissons l'interaction entre ces influences, nous sommes en mesure d'établir quel devrait être ce rôle au Canada. En second lieu, nous analysons les différentes modalités du droit de la concurrence, qui relèvent du droit pénal et du droit civil, et proposons une stratégie d'application optimale pour une économie ouverte de taille moyenne comme la nôtre. Enfin, nous débattons des avantages d'une loi cadre par opposition à des « dispositions spéciales pour des secteurs spéciaux » et nous nous prononçons en faveur d'un retour à la loi cadre, sous réserve d'un élargissement des pouvoirs d'application généraux.

[I]l y a un thème qui mijote et selon lequel la jurisprudence est tout simplement intrinsèquement bonne et qu'il faudrait en avoir beaucoup. Cela me préoccupe, car c'est une façon très coûteuse de faire des lois, comparativement à la législation qui est façonnée par voie de règlements ou de lignes directrices, qui comporte des imperfections mais qui peut également dans de nombreux domaines jouer un rôle beaucoup plus efficient et rapide. La vraie question [...] comment faire pour veiller à avoir des décisions en matière d'application de la Loi sur la concurrence *qui soient bonnes et saines du point de vue économique?* [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

Au chapitre 2, le Comité fait le point sur la concurrence et l'application de la législation pertinente au Canada. Dans notre analyse sur l'influence de la seconde sur la première, nous faisons la distinction entre l'éventail d'instruments, de lignes directrices et de ressources dont dispose le Bureau pour ce qui est de l'application de la *Loi* et l'autonomie et les structures redditionnelles du commissaire. Nous évaluons également le rôle du Tribunal et des tribunaux, la structure des effets dissuasifs des amendes et de l'emprisonnement, ainsi que les possibilités qu'offrira probablement le droit privé d'action. Au chapitre 3, le Comité se penche sur le Tribunal de la concurrence et ses modes de prise de décision.

Aux chapitres 4, 5, 6 et 7, le Comité analyse les grandes dispositions de la *Loi sur la concurrence*, notamment les complots, les pratiques de prix anticoncurrentiels, les agissements constituant des abus de position dominante et l'examen de fusion. Dans chacun, nous évaluons la portée économique de la *Loi*, les avantages et le bien-fondé de l'insertion de ces pratiques soit dans les sections de la *Loi* relevant du droit pénal soit dans celles relevant du droit civil, des éléments de fond de chaque disposition et l'administration du Bureau. Nous cernons les points litigieux, avant de les évaluer de façon approfondie à la lumière des impératifs économiques

L'innovation est beaucoup plus rapide. Les transactions se font en l'espace de quelques nanosecondes, comparativement aux contrats d'antan écrits à la plume sur parchemin. Le rythme du marché est aujourd'hui si rapide que le défi posé aux organismes d'application de la loi est extrêmement difficile. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:00]

d'aujourd'hui. Le Comité proposera des réformes pour lesquelles un consensus peut être dégagé; autrement, il recommandera une poursuite de l'étude.

Au chapitre 8, le Comité aborde une question importante, malgré sa portée étroite : l'application de la disposition sur le refus de vendre (article 75) dans le secteur de l'essence au détail. Celui-ci comporte des problèmes particuliers en matière de concurrence, car les détaillants indépendants sont nécessairement tributaires des gros producteurs, intégrés verticalement, qui à la fois les approvisionnent et leur font concurrence. Un gros producteur verticalement intégré pourrait-il restreindre la concurrence en s'abstenant de fournir son produit à un détaillant indépendant concurrent, lors d'une pénurie générale? Et, dans l'affirmative, comment la *Loi sur la concurrence* s'appliquerait-elle? Il est nécessaire d'apporter des réponses à ces questions, car elles pourraient aussi avoir des conséquences sur d'autres secteurs de l'économie canadienne où l'intégration verticale est aussi une caractéristique. Enfin, dans sa conclusion, le Comité résume ses recommandations visant le cadre de la politique relative à la concurrence.

[I]l serait très utile que votre rapport final se prononce fermement en faveur du principe que la Loi sur la concurrence, *en tant que loi cadre, ne devrait pas être élargie afin d'y insérer tout un méli-mélo de modifications spécifiques à certains secteurs.* [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:15]

CHAPITRE 1 : LE RÉGIME DE CONCURRENCE DU CANADA EN CONTEXTE

L'interaction entre la concurrence et la politique de concurrence

L'interaction entre le processus, d'une part, et la politique et le droit de la concurrence, d'autre part, présente de l'intérêt. La concurrence est un moyen et non une fin en soi. Elle fait en sorte que les entreprises puissent offrir aux consommateurs le meilleur choix de produits aux meilleurs prix. Pour le consommateur, la meilleure conjoncture découle d'un marché libre et ouvert, qui comporte le moins possible d'obstacles à l'accès de nouveaux concurrents, et le moins possible d'obstacles à la sortie[2], notamment d'obstacles imposés par les pouvoirs publics, comme les règlements sur les produits, les investissements ou les échanges[3]. De fait, certaines politiques gouvernementales (autres que celles qui visent la concurrence) entravent le jeu de la concurrence, délibérément ou par inadvertance, et il faut utiliser des politiques de la concurrence (controversées parfois, il est vrai) pour rétablir l'équilibre. Toutefois, même lorsqu'il n'existe aucun obstacle attribuable aux pouvoirs publics, il est possible que la libre concurrence à elle seule ne suffise pas. Il faut donc instaurer des règles juridiques supplémentaires lorsque des obstacles technologiques empêchent le jeu de la concurrence de s'exercer de façon automatique et immédiate.

[I]l est nécessaire de reconnaître que la politique de concurrence ne se limite pas à la seule Loi sur la concurrence. *Il convient d'ouvrir la politique de concurrence afin qu'elle s'attaque au large éventail de restrictions à la concurrence qui sont le fait des gouvernements fédéral, provinciaux et municipaux. Au total, ces dernières pénalisent beaucoup plus les consommateurs, les petites et grandes entreprises que toutes les entraves privées combinées.* [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:20]

Je pense que le thème ou le principe qui sous-tend la Loi sur la concurrence, *à savoir que la concurrence offre d'énormes avantages, est universellement valide.* [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:55]

Il arrive aussi que cette interdépendance entre le processus et la politique de concurrence joue dans l'autre sens, lorsque les gouvernements adoptent, délibérément ou par inadvertance, des politiques qui favorisent la

---

2 Depuis quelques années, cette dernière condition est particulièrement vraie dans le secteur du détail, avec l'entrée en scène des « grandes surfaces » de vente, notamment pour ce qui touche l'essence, compte tenu des obstacles à la sortie que présentent les lois environnementales sur la mise hors service des réservoirs d'essence souterrains.

3 Parmi ce type d'obstacles, on peut citer diverses politiques gouvernementales — par exemple : les règlements du CRTC sur les télécommunications, la câblodistribution et la télévision par satellite; les systèmes de quota sur les produits laitiers et la volaille; les restrictions concernant la propriété des lignes aériennes et les services de cabotage; le système de distribution de la bière et des alcools en Ontario; le courrier postal de première classe; et les restrictions sur le commerce interprovincial.

[L]a Loi sur la concurrence *est destinée à protéger le processus concurrentiel et devrait le faire, c'est-à-dire assurer des conditions telles qu'une bonne entreprise [...] puisse survivre et prospérer [...]. Elle ne doit pas protéger telle ou telle entreprise.* [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:00]

concurrence. Par exemple, la libéralisation du commerce prévue par l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis (ALE), auquel a succédé l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), constituait une bonne politique en matière commerciale certes, mais aussi sur le plan de la concurrence. La déréglementation et la privatisation de certains secteurs économiques clés, tout en soulevant la controverse en tant que politique industrielle, ont constitué, d'une manière générale, une bonne politique de concurrence.

[U]ne politique d'ouverture au commerce international constitue à bien des égards un meilleur moyen de susciter la concurrence que le fait d'appliquer ses lois propres en matière de concurrence. Je devrais ajouter une politique d'ouverture aux investissements étrangers. [Roger Ware, Université Queen's, 59:13:05]

Les marchés réglementés, ou déréglementés (lorsqu'on omet de mettre en place les institutions qui seraient nécessaires pour encourager l'accès de la concurrence pendant la transition), peuvent également entraîner une distorsion de la concurrence. Le fait d'altérer les règles juridiques sur la concurrence pour mettre en place un contexte réglementaire anticoncurrentiel risque de compromettre voire de corrompre les lois sur la concurrence. Au cours des années 80, les Canadiens ont assisté à l'intervention de l'autorité responsable de la concurrence dans une fusion de laiteries (*Palm Dairies Ltd.*) qui aurait pu s'avérer profitable sur le plan de l'efficience, à cause de divers quotas de production et obstacles interprovinciaux au commerce qui limitaient la concurrence dans le secteur d'aval. Au cours des années 90, les Canadiens ont encore une fois vu l'autorité responsable de la concurrence intervenir dans le secteur de la librairie de détail (fusion en 1995 de SmithBooks et Coles Book Stores Ltd. pour former Chapters Inc., puis fusion en 2000 de Chapters et Indigo), en raison d'obstacles à l'accès résultant de restrictions sur la propriété imposées par le gouvernement. Aujourd'hui, les Canadiens assistent à l'adoption de « dispositions spéciales pour un secteur spécial » — celui du transport aérien — dans une loi cadre, rendue nécessaire par l'absence d'un cadre de déréglementation adéquat.

Il y a au moins deux affaires qui ont accapare les ressources du Bureau de la concurrence et du Tribunal de la concurrence au cours des cinq dernières années et qui n'en seraient peut-être pas arrivées là si nous avions eu à l'égard de ces industries une approche plus ouverte à l'échelle du continent. Je veux parler, bien sûr, des lignes aériennes et de la vente au détail de livres. [Roger Ware, Université Queen's, 59:11:35]

Lorsqu'on déréglemente, il importe de façon générale que l'autorité de réglementation intervienne activement et mette en place les politiques appropriées pour faciliter la concurrence. Cela n'a pas été le cas dans le secteur aérien. Je ne pense pas qu'il faille attendre du commissaire qu'il sauve les consommateurs canadiens [...]. Il faut se tourner [...] vers Transports Canada. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:30]

Un cadre concurrentiel optimal

Tout cadre concurrentiel, pour pouvoir améliorer le bien-être des consommateurs et l'efficience de l'économie, doit reposer sur une analyse économique aussi récente que possible. La marge de manoeuvre dans le choix de ce cadre reste néanmoins considérable, et le droit de la

concurrence reflète généralement les particularités nationales : culture, coutumes commerciales, histoire juridique, philosophies politiques, géographie et démographie.

[L]a loi reste une loi économiquement sophistiquée et est reconnue comme telle dans le monde. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:10:50]

Par exemple, l'organisme antitrust des Etats-Unis — la U.S. Federal Trade Commission — commence à s'opposer aux fusions à des niveaux de concentration industrielle beaucoup plus bas que le Bureau de la concurrence du Canada. Pourquoi? Parce que l'économie américaine étant beaucoup plus importante, les entreprises courent des risques moindres de ne pas réaliser les économies d'échelle et de gamme nécessaires pour être efficientes. De plus, la législation canadienne en matière de concurrence est unique en ceci qu'elle prévoit une défense fondée sur l'efficience qui exige explicitement que, dans l'examen d'une fusion, les autorités comparent les effets anticoncurrentiels et les « gains en efficience ». Selon que l'un ou l'autre type d'effets l'emporte, le projet de fusion est jugé acceptable ou inacceptable[4]. Cette disposition semble plus souple que celle en vigueur aux États-Unis, où les gains en efficience doivent être assez grands pour n'entraîner aucune hausse de prix. Certains témoins ont néanmoins affirmé devant le Comité que même la façon dont le Canada envisage les efficiences n'est pas adéquate.

Personnellement, je ne pense pas que le système soit irréparable. Je pense qu'il s'agit d'un système que nous pouvons sans cesse améliorer [...]. Nous devrions faire cela de façon continue. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:55]

S'il est vrai que l'économie canadienne, beaucoup plus petite, dicte un cadre d'application moins sévère en matière de fusions que celui qui existe aux États-Unis, on pourrait soutenir que le Canada devrait avoir un cadre d'application plus strict en matière de complots que les États-Unis, pour en arriver à des résultats comparables. Cette opinion découle des deux faits suivants : le Canada est un marché plus petit qui est davantage affecté par les obstacles technologiques à la concurrence; de plus, son économie est assujettie à un plus grand nombre d'obstacles à la concurrence découlant de règlements gouvernementaux. En ce sens, les souplesses que comporte le processus canadien d'examen des fusions peuvent être compensées ailleurs : notamment par des dispositions plus sévères sur les complots, les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, la restriction de

En 1986, nous pouvions fièrement brandir la Loi sur la concurrence *et vanter un certain nombre d'éléments de cette loi qui nous mettaient en avance sur d'autres pays. Mais [...] l'une des déficiences qui perdurent est l'article 45, qui n'est pas adapté dans le cas des cartels caractérisés, flagrants. Nous ne sommes pas alignés à cet égard avec les autres pays [...].* [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:40]

---

4 Cette interprétation a été mise en doute lors d'événements récents, à savoir la décision de la Cour fédérale dans l'appel de l'affaire *Superieur Propane*.

marché, les ventes liées et l'abus de position dominante. Un bon cocktail de facteurs sera la garantie d'une politique de concurrence aussi équilibrée que possible.

De fait, cet équilibre peut s'avérer subtil, notamment à l'étape de l'application. Par exemple, l'un des témoins entendus par le Comité au début de 2000, un ancien directeur des enquêtes et recherches au Bureau de la politique de concurrence (ainsi se nommait l'organisme avant le milieu des années 90), a déclaré que l'on n'avait pas suffisamment reconnu l'importance du regroupement qui s'est opéré dans l'industrie pétrolière au cours des années 80. Le Bureau a autorisé les fusions, et c'est ce qui explique en partie les problèmes actuels dans le secteur des produits d'aval[5]. Si cette opinion est juste, cela pourrait signifier que la structure organisationnelle de l'industrie pétrolière pose un problème de concurrence pratiquement impossible à résoudre et qui dépasse de loin en complexité les dispositions de la *Loi sur la concurrence* concernant la fixation abusive des prix. En revanche, le Comité reconnaît que le gouvernement a tenté et tente encore d'améliorer cette situation. Quoi qu'il en soit, cette hypothèse, correcte ou non, confirme qu'il importe de moduler correctement le cadre de concurrence — qui doit être adapté aux circonstances économiques particulières du Canada.

Vous pourriez accorder au Bureau autant de ressources que vous le voulez, mais cela ne réglerait pas le problème fondamental posé par le fait qu'il est très difficile d'établir hors de tout doute raisonnable qu'il y a eu pratique de prix d'éviction. Si une personne choisissait de faire une contestation en vertu de l'article 45 — on parle ici de comportement flagrant [...] [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:50]

Selon de nombreux juristes et experts de la politique de concurrence, le problème que nous venons d'évoquer est plus répandu qu'on ne le croit généralement. Certains témoins ont d'emblée cité en exemple les industries des journaux et de l'épicerie au détail. Qu'ils soient vrais ou non, leurs commentaires donnent à penser que le Canada pourrait bien avoir une stratégie d'application en matière de concurrence qui ne réponde pas bien aux besoins d'une économie de petite taille, réglementée ou mixte.

De nombreux experts du droit de la concurrence répètent depuis longtemps les trois mêmes critiques au sujet de la *Loi sur la concurrence*. Premièrement, notre droit en

5 Toutefois, il est possible que ces événements soient eux-mêmes les conséquences non désirées de l'imposition d'une réglementation fédérale sur les formules de composition des produits, pour des motifs liés aux émissions de gaz dans l'environnement ou encore aux contrôles sur l'exportation du pétrole brut en vigueur au cours des années 80, qui auraient forcé les raffineurs canadiens à compter davantage sur les réserves plus coûteuses de pétrole brut lourd. Les niveaux de productivité plus bas qui en ont résulté pourraient ainsi avoir signifié qu'il fallait compter davantage sur les rationalisations pour continuer de soutenir la concurrence avec les producteurs américains, sur ce qui est dorénavant un marché nord-américain des produits du pétrole.

matière de complots est inefficace au regard d'autres droits nationaux, en raison principalement des termes exagérément restrictifs de la disposition de la *Loi* (article 45) à ce sujet. En conséquence, le commissaire à la concurrence affiche de piètres résultats en ce qui concerne les affaires de complot, par comparaison avec les autorités responsables de la concurrence dans d'autres pays. Deuxièmement, la disposition canadienne relative aux complots est trop exhaustive à l'égard de certaines ententes commerciales et de certaines circonstances, et elle ne l'est pas assez ailleurs. Autrement dit, c'est un instrument très grossier (voir le Chapitre 4). Troisièmement, le Bureau de la concurrence se concentre trop sur l'examen des fusions et pas assez sur l'application des règles en matière de complots[6].

Lorsque vous administrez un organisme de ce genre [le Bureau de la concurrence], vous êtes sans cesse préoccupé par deux choses. Vous vous inquiétez [...] des erreurs de « type 1 », où vous n'avez pas pris les mesures d'application que vous auriez dû prendre. Vous vous inquiétez également des erreurs de « type 2 », où vous avez pris, dans une affaire tout à fait bénigne, des mesures d'application susceptibles de nuire à ces parties ou de refroidir le marché. Ce sont là des défis extrêmement difficiles à relever dans le contexte actuel du monde des affaires. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:13:00]

En ce qui concerne la deuxième supposition — concernant le bon équilibre des priorités en matière d'application —, on pourrait penser, pour les raisons déjà évoquées, qu'une économie de petite taille comme celle du Canada doit avoir un régime d'application moins sévère en matière de fusions qu'un grand pays comme les États-Unis, toutes proportions gardées et en supposant des objectifs de concurrence globaux identiques, tandis que la situation serait exactement le contraire en ce qui concerne l'application des règles sur les complots. Or, si les critiques citées ci-dessus sont exactes, soit le Canada dispose de mesures d'application mal adaptées à sa situation particulière en matière de concurrence, soit il est tout simplement plus laxiste en la matière que les autres grands pays industrialisés. Cela supposerait également que ceux qui ont salué la *Loi sur la concurrence* comme un progrès très marqué par rapport à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* étaient beaucoup plus sévères à l'égard de la loi précédente qu'on ne le croit généralement. Quoi qu'il en soit, on s'entend généralement pour dire que le Canada est passé d'une loi fédérale sur la concurrence (celle en vigueur avant 1986) qui était relativement inefficace, en raison principalement du fardeau de la preuve plus lourd lié à l'examen au pénal plutôt qu'au civil que cette ancienne loi prévoyait, à une nouvelle loi qui, bien que plus moderne dans son contenu économique et dans son traitement juridique, reste

[L]e Bureau examine trop de fusions. Si vous regardez les statistiques, au regard de celles des États-Unis, avec l'affaire Hart-Scott, nous passons davantage de temps sur les cas, nous en révisons davantage et procédons à un examen plus approfondi. Cela accapare énormément de temps. Or, une très petite proportion de ces fusions pose réellement des problèmes. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:55]

---

6 Toutefois, si les deux premiers reproches sont effectivement justifiés, il est possible que le troisième ne le soit pas.

légèrement mal orientée sur le plan stratégique. Le Comité entend donc dans le présent rapport essayer de corriger ce défaut. Nous proposerons un moyen de réformer la disposition sur les complots afin de la rendre plus efficace. Une fois ce changement accompli, nous souhaiterions que le Bureau s'attaque de façon plus énergique aux complots menés contre le public. Par conséquent, le Comité recommande :

Le Bureau a décidé de consacrer une bonne part de ses ressources à la révision des fusions. C'est en partie compréhensible. [...] Sur le plan de l'application, j'aimerais que le Bureau prête davantage attention aux autres dispositions de la Loi [...]. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

1. **Que le Bureau de la concurrence désigne le complot comme l'une de ses principales priorités et qu'il y affecte les ressources nécessaires à l'application de la loi en conséquence. À titre indépendant ou en collaboration avec ses homologues des autres pays, qu'il continue de respecter les actuelles stratégies d'application de la loi qui visent les complots contre le public, qu'ils soient d'ampleur nationale ou internationale. Que le Bureau de la concurrence se penche de façon régulière sur ses stratégies de détection des infractions criminelles dans le but d'améliorer les résultats qu'il obtient à cet égard.**

Loi cadre et dispositions spéciales

La *Loi sur la concurrence* est une loi cadre; elle s'applique uniformément à toutes les industries (à l'exception des monopoles qui sont créées en vertu d'une loi fédérale ou provinciale). Il y a de bonnes raisons à cela, aussi bien économiques que juridiques. Les raisons économiques tiennent à l'idée bien établie selon laquelle, dans l'ensemble, des marchés libres et ouverts permettent d'acheminer aux consommateurs les meilleurs produits et services aux meilleurs prix. À quelques exceptions près, notamment lorsque la *Loi sur la concurrence* ou une autre loi (généralement axée sur une seule industrie) est nécessaire, le processus de la concurrence suffit à discipliner les fournisseurs, en les incitant à répondre aux besoins des consommateurs de la façon la plus économique. Dans le jeu impitoyable de la concurrence, les entreprises rentables survivent et prospèrent, tandis que les autres échouent et disparaissent. Cette dynamique a pour résultat que seuls les intérêts des consommateurs et des fournisseurs efficients

[C]omme on l'a souvent souligné, la Loi sur la concurrence *est une loi d'application générale. Je ne sais pas si c'est toujours exact, avec les dispositions spéciales touchant les agences de voyages, etc., mais je pense qu'elle devrait l'être.* [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:55]

sont protégés. Quant aux raisons juridiques, elles se résument au fait que, pour des motifs constitutionnels, la plupart des industries relèvent de la compétence provinciale.

Certes, certaines industries requièrent un traitement spécial. Dans la mesure où elles sont réglementées, entre en jeu le principe de l'activité réglementée, dont le fonctionnement est plutôt flou. Je pense qu'il serait bon d'en préciser le champ d'application, mais, dans la mesure où une industrie est réglementée, elle n'est pas assujettie à la Loi. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:55]

D'une façon générale, la *Loi sur la concurrence* entre en jeu uniquement lorsque : 1) le marché ne répond pas aux attentes évoquées ci-dessus; et 2) le fait d'appliquer la *Loi* permet d'obtenir un meilleur résultat. De telles situations ne surviennent que de temps à autre, lorsque, à cause d'obstacles technologiques et/ou réglementaires, les conditions préalables à une concurrence saine ne sont pas en place. Dans ces cas, le commissaire à la concurrence ne réglemente pas le résultat, mais établit des conditions de base susceptibles de faciliter une bonne concurrence.

D'une manière générale, les entreprises qui appartiennent à des secteurs spéciaux, pour lesquels des exceptions particulières doivent être faites à certaines dispositions de la *Loi*, ou au jeu de la concurrence lui-même, ne trouvent pas refuge dans des règles spéciales de la *Loi*. Au contraire, les lois et régimes réglementaires spécifiques, qui concernent habituellement une industrie ou une entreprise précise, sont autorisées pour passer outre à la *Loi sur la concurrence*. C'est ainsi qu'est née la défense fondée sur des actes réglementés. Les frontières de cette défense ne sont toutefois pas claires. Avec le temps, la jurisprudence permettra peut-être de les préciser.

[L]e gouvernement a jugé bon de mieux définir les dispositions en ce qui a trait au secteur du transport aérien en raison des caractéristiques particulières de ce secteur, qui est unique en son genre. Ce secteur est dominé par un transporteur; la propriété étrangère est limitée; les actifs peuvent être déplacés assez rapidement et servir à déloger les nouveaux arrivants. [André Lafond, Bureau de la concurrence, 64:09:40]

Du moins, cela est resté vrai pendant les 111 années où les lois antitrust ont été en vigueur au Canada. Toutefois, en 2000, le gouvernement s'est écarté de ce principe pour adopter des dispositions spéciales qui donnaient au commissaire le pouvoir de rendre une ordonnance provisoire (article 104.1), parfois appelée ordonnance de cessation, contre un fournisseur de services de transport aérien, selon la définition de la *Loi sur les transports au Canada*, afin d'empêcher tout comportement anticoncurrentiel (fixation de prix abusifs, alinéa 50(1)*c*), et abus de position dominante, article 79). Le projet de loi C-23 prolongerait la durée de cette ordonnance (au-delà d'un maximum de 80 jours, si toutes les prolongations sont appliquées), afin de permettre les

Chaque secteur présente des caractéristiques propres [...], mais dans l'ensemble les problèmes de concurrence sont assez génériques. Vous avez des problèmes de fixation des prix et vous avez des problèmes d'abus de position dominante. Dans tous les secteurs, il faut s'inquiéter des fusions, et donc en principe ces problèmes pourraient surgir dans n'importe quelle industrie. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:10:15]

[L]a législation en matière de concurrence, telle qu'elle existe dans de nombreux pays du monde, est conçue pour protéger le libre marché — pour arbitrer, en quelque sorte — et non pas pour réglementer. La réglementation est le fait de lois sectorielles et lorsqu'on mélange les deux, on risque de créer non seulement un méli-mélo, mais aussi une série de matrices qui ne remplissent pas leur objectif. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:10:35]

échanges d'information, de bonne foi mais tardifs, entre les parties à la contestation; le projet de loi assujettirait aussi toute société aérienne coupable de ce genre d'infraction à une sanction administrative pouvant atteindre 15 millions de dollars. Le gouvernement justifie ces mesures en invoquant la crise que traverse actuellement la structure concurrentielle de l'industrie aérienne au Canada.

Les spécialistes des politiques et du droit de la concurrence ne sont pas convaincus par les arguments du gouvernement. Selon eux, les dispositions relatives au transport aérien ne sont pas crédibles, pour plusieurs raisons : 1) la crise découle en partie de l'attitude même du gouvernement, à savoir que les restrictions sur la propriété étrangère ont empêché l'accès d'une concurrence qui aurait forcé Air Canada à se discipliner sur le plan des prix; de plus, le gouvernement ne s'est pas occupé de créer un cadre institutionnel approprié pendant la transition de la déréglementation; 2) il est vrai que les structures des coûts et des prix dans les services aériens sont sujettes aux rabais saisonniers et aux autres réductions qui servent à équilibrer l'offre et la demande, ce qui risque (quoique rarement) d'entraîner des réductions abusives des prix, mais les autres services de transport — trains, autobus, bateaux de croisière — sont dans la même situation et ils sont également assujettis à l'organe de réglementation canadien en matière de transports, l'Office des transports du Canada; 3) cette position dominante presque absolue d'Air Canada, dont la part de marché dépasse 80 %, n'est pas sans rappeler celle des sociétés locales de téléphone et de câblodistribution, qui sont actuellement en cours de déréglementation, sous la surveillance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC); et 4) le précédent que ces mesures ont établi risque d'entraîner des dérapages, car d'autres industries, à savoir l'épicerie et les journaux, souhaitent aussi obtenir un traitement spécial. Et ces objections très convaincantes ne sont pas les seules.

Dans son *Rapport intérimaire*, le Comité prend position contre les dispositions spéciales concernant les journaux et il propose une autre solution inspirée des lois spéciales visant les fournisseurs de services banquiers et financiers. Le Comité propose également au gouvernement d'autres moyens d'atteindre ses objectifs, à savoir attribuer au commissaire le pouvoir de prendre des ordonnances de

cessation à l'égard de l'industrie du transport aérien — et de toutes les autres industries d'ailleurs — en élargissant les pouvoirs dévolus au Tribunal de la concurrence en vertu de l'article 100, de manière à couvrir l'abus de position dominante et les prix d'éviction. Cette solution permettrait au moins de préserver l'application générale de la Loi.

Je pense que c'est très dangereux [...], car on transforme cette loi cadre en un régime réglementaire confié à une autorité qui non seulement n'a pas les ressources voulues, mais qui, franchement, est très mal équipée pour faire ce travail. [Stanley Wong, Davis and Company, 59:11:30]

Bien que le gouvernement n'ait pas répondu au *Rapport intérimaire* du Comité, sa décision de ne pas révoquer l'article 104.1, alors que le projet de loi C-23 allait généraliser ce pouvoir aux mains du Tribunal de la concurrence, donne à penser que d'autres considérations entrent en jeu. Par exemple, même le court délai nécessaire pour permettre au commissaire d'obtenir une ordonnance provisoire peut entraîner un retard décisif. De toute façon, le gouvernement semble fermement opposé à tout rétablissement d'une réglementation directe des services et des tarifs aériens ou à une libéralisation unilatérale du commerce dans le domaine du transport aérien, et il maintient solidement sa décision de tenter de corriger les problèmes structurels de l'industrie par le truchement de la *Loi sur la concurrence.*

Nous avons un scénario qui n'est ni tout à fait le modèle cadre ni celui de la réglementation, et nous demandons au commissaire, d'exercer ses pouvoirs assis entre deux chaises. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:00]

À l'heure actuelle, le Comité reconnaît que les dispositions spéciales touchant le transport aérien sont temporaires et qu'elles seront supprimées lorsqu'une compétition saine aura pris place dans l'industrie. Mais, d'un autre côté, il craint beaucoup que cela ne se fasse pas de sitôt, car même les États-Unis (dont la population est environ dix fois celle du Canada) semblent capables de soutenir seulement cinq ou six sociétés de transport aérien servant de plaques tournantes. Faute du retrait des restrictions sur la propriété et sur les services de cabotage, il se pourrait bien que l'industrie soit dominée par Air Canada pendant fort longtemps. Aussi, le Comité a-t-il des doutes concernant le passage, par le gouvernement, d'une loi d'application générale à une loi comportant des dispositions spéciales visant une industrie précise, alors que d'autres solutions tout aussi efficaces pourraient être possibles dans le cadre d'une réforme axée sur l'avenir. De plus, il se peut que l'orientation prise par le gouvernement ternisse la crédibilité de notre régime de concurrence. De nombreux spécialistes de la concurrence — y compris des organisations internationales comme l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) — commencent à mettre en question

[S]oit il faut intervenir et réglementer le secteur — et si l'on veut réglementer, il ne faut pas réglementer seulement Air Canada — soit il faut dégager le terrain, laisser faire le marché et nous dire « advienne que pourra ». [...] Malheureusement, à l'heure actuelle, nous sommes dans cette situation intermédiaire réellement intenable [...]. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:10:30]

[C]e que j'encourage [...] le Comité à faire, c'est de considérer les règles propres au secteur aérien et d'envisager d'en faire des règles d'application générale. Il se trouve que les crises précipitent le changement. Cela a déjà été le cas de la Loi sur la concurrence *et le cas se reproduit. Il ne faut pas laisser la Loi en l'état. Il ne s'agit pas d'appliquer à Air Canada des règles spéciales, la Loi devrait permettre de combattre toute conduite répréhensible dans une industrie partiellement déréglementée.* [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:10:35]

l'indépendance du Bureau de la concurrence par rapport au Parlement et au gouvernement. Le Comité traitera ce problème de façon plus détaillée dans le prochain chapitre.

Dans ce rapport, le Comité proposera de modifier les dispositions sur l'abus de position dominante et les prix d'éviction (article 79 et alinéa 50(1)*c*), respectivement), ce qui devrait satisfaire le gouvernement, les juristes spécialistes de la concurrence et les économistes, tout en assurant aux entreprises et au public consommateur une application équilibrée des dispositions sur la concurrence. Ces changements permettront de rétablir la *Loi sur la concurrence* en tant que loi d'application générale ne contenant pas de « dispositions spéciales pour des industries spéciales ».

CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*

Le point sur la concurrence

Au début du présent rapport et dans le *Rapport intérimaire*, le Comité a établi que, dans l'environnement économique du Canada, la non-conformité à la loi est davantage l'exception que la règle. Nous avons souligné l'apport de la *Loi sur la concurrence*, du Bureau de la concurrence et du Tribunal de la concurrence à cet égard. Nous aurions pu également ajouter à cette énumération les nombreux juristes et économistes spécialistes de la concurrence, qui ont tenu les institutions gouvernementales au courant des dernières tendances commerciales et des techniques d'analyse de pointe servant à jauger le comportement économique.

Je pense que, actuellement au Canada, nous devrions être fiers du fait que nous possédons une économie productive et efficace, particulièrement lorsque nous envisageons notre position [...] dans le monde et l'économie où nous nous trouvons aujourd'hui. Selon moi, notre loi nous a bien aidés dans nos démarches pour y parvenir. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:10:30]

Pour porter un tel jugement, nous nous appuyons sur les témoignages d'économistes qui nous indiquent essentiellement que la *Loi sur la concurrence* découle d'une analyse économique moderne, sur les économistes du Bureau de la concurrence qui possèdent les qualifications et les compétences proportionnelles au défi à relever ainsi que sur les spécialistes du Tribunal de la concurrence dans ce domaine complexe. Les juristes spécialistes de la concurrence nous apprennent que, somme toute, la *Loi sur la concurrence*, le Bureau et le Tribunal nous procurent presque le degré optimal d'application régulière de la *Loi* et de justice économique auquel on pourrait s'attendre. En amalgamant cet apport à la politique sur la concurrence et à l'application de la *Loi*, et en tenant compte du fait que le Canada est un marché relativement ouvert, nous sommes confiants que la concurrence règne au Canada.

Il se peut que nous n'ayons tout simplement pas dans certains domaines un très grand nombre d'affaires valables. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

Parallèlement, le Comité manquerait à ses obligations envers la population s'il devait conclure que le régime de la concurrence fonctionne à merveille. L'étude effectuée par le Comité de la politique sur la concurrence au cours des trois dernières années a montré en fait que le régime comportait des lacunes et était perfectible. Avant d'aborder ces problèmes systémiques, et de suggérer des

améliorations, il est utile cependant d'examiner les données statistiques sur l'application de la *Loi* pour déceler les secteurs où nos efforts seraient les plus pertinents.

Selon mon expérience, un ou deux procès menés par le Bureau, surtout s'il s'agit de grosses affaires, pourraient pratiquement absorber tout le budget du contentieux [...] cela signifie que le bureau doit se montrer extrêmement sélectif lorsqu'il décide des poursuites à intenter, particulièrement s'il s'agit d'affaires risquant de devenir rapidement très complexes. [Douglas West, Université de l'Alberta, 59:10:10]

Notre dossier en matière d'application de la *Loi*

Pour évaluer le dossier du Bureau de la concurrence en matière d'application de la *Loi*, il faut comprendre ce qu'on attend de lui et, en particulier, l'orientation commerciale qu'il peut suivre sur le plan pratique. Nous demandons au Bureau de réaliser les quatre objectifs énumérés dans la partie de la *Loi sur la concurrence* portant sur son objet et de respecter l'esprit de ladite loi. Aux termes de l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, il faut préserver et favoriser la concurrence au Canada dans le but :

- de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne;
- d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada;
- d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne;
- d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Ces objectifs sont essentiellement de nature qualitative et ne peuvent pas faire l'objet d'une évaluation objective; seul un examen subjectif est possible. C'est pourquoi nous demandons au commissaire de signaler dans un rapport annuel les activités entreprises par son organisme pour faire appliquer la *Loi* et défendre les intérêts canadiens, plutôt que de nous indiquer dans quelle mesure il a réalisé les objectifs de la *Loi*. Il revient ensuite aux gens de se former une opinion sur l'efficacité du Bureau à faire appliquer la *Loi* et à atteindre l'objet de cette dernière.

J'aimerais [...] parler de la nécessité générale d'assurer que les ressources et le cadre institutionnel du Bureau de la concurrence soient aussi forts qu'ils doivent l'être pour que le Bureau puisse exécuter efficacement son mandat dans les divers domaines que vous examinez. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:20]

Le Comité est d'avis que, pour évaluer cette efficacité, il faut obligatoirement se pencher sur les coûts des poursuites engagées par le Bureau. À plusieurs occasions, des témoins ont signalé au Comité que les frais d'application de la *Loi* coûtaient en moyenne un million de dollars

approximativement par procès[7]. Ce coût varie probablement en fonction de la nature de l'affaire, qu'il s'agisse d'une pratique susceptible d'examen par un tribunal civil ou pénal, d'une fusion ou d'un abus de position dominante, d'une pratique de fixation de prix anticoncurrentielle ou d'un complot, etc. Le plus important cependant, c'est que ce coût élevé de l'application de la *Loi* vient creuser un écart immense entre l'objectif de conformité et le comportement économique que nous observons sur les marchés. La stratégie du Bureau en matière d'application de la *Loi* doit donc tenir compte de ce coût, parmi d'autres facteurs.

Nous devons préciser ce que nous demandons du Bureau. Le Comité ne demande pas au commissaire et à son personnel de donner suite à chaque affaire en obtenant un avantage économique net positif. Et le commissaire ne devrait pas s'engager strictement à maximiser les profits dans l'application de la *Loi*. Il devrait plutôt donner suite aux plaintes valables qui entraînent des répercussions économiques importantes, ce qui devrait prévenir les pratiques anticoncurrentielles flagrantes étant donné les ressources que le gouvernement est en mesure d'affecter à cette fin.

Je tiens à féliciter le Comité d'avoir [...] dressé la scène — le contexte de marché à l'intérieur duquel ce comportement de marché est en train d'être évalué, les décisions d'application de la Loi sont en train d'être prises et le pouvoir discrétionnaire du commissaire est en train d'être exercé. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:55]

Il existe de bons motifs d'adopter la dernière de ces trois solutions. Selon la première solution, le commissaire serait tenu d'engager des poursuites toutes les fois qu'une affaire entraînerait une amende supérieure aux coûts d'application. Il faudrait peut-être alors disposer de ressources illimitées, ce que les contribuables ne favoriseraient pas étant donné l'avantage restreint que chacun en retirerait. La deuxième solution, qui comporterait des amendes établies en fonction non pas de leur valeur dissuasive, mais de leur potentiel de bénéfices, sacrifierait l'intérêt général qu'il incombe au gouvernement et au Parlement de promouvoir. Le Canada ne veut absolument pas d'une telle société de droit litigieux. Le Comité n'est pas prêt à sacrifier la justice économique pas plus qu'il

---

7 Ces commentaires ont été confirmés dans la récente étude commandée par le Bureau de la concurrence et intitulée *Étude du coût historique des poursuites intentées devant le Tribunal de la concurrence* (articles 75 et 77)

n'est disposé à composer avec « l'effet paralysant » sur les activités économiques, ce qu'implique une telle approche rigide.

[L']application de la Loi bénéficierait du consentement au bureau du commissaire de plus de ressources. Il y a une question qui sous-tend la plus grosse question, notamment quel est le rôle du commissaire, le rôle que les gens cherchent à financer? Ils se posent bien évidemment toujours la question générale [...] soit combien nous autres Canadiens voulons investir dans l'application de la loi en matière de concurrence face à toutes les autres priorités en matière de politique publique. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:40]

Dans le domaine du droit et de l'économie, optimiser les avantages de la concurrence nécessite une solution équilibrée en matière d'application de la *Loi*, le terme «équilibrée» désignant la mesure pertinente de la conformité à la *Loi*. Une telle solution repose sur le fait que ni la menace de poursuites ni les mesures de sensibilisation et de conformité volontaire ne constituent la stratégie la plus efficace à ce chapitre. Le Comité est convaincu que le Bureau de la concurrence est doté de toute la gamme des outils dont il a besoin pour garantir la conformité à la *Loi* : de la sensibilisation par les publications, les communications et la défense des intérêts, au respect volontaire par la vérification, les avis consultatifs et les certificats de décision préalable, en passant par les mesures concertées découlant d'ententes négociées, d'ordonnances par consentement et de poursuites. Cependant, une telle approche équilibrée sera très subjective. Les profanes trouveront qu'il est difficile d'établir une distinction entre un bon jugement et un mauvais jugement, précisément parce que, en matière d'orientation des marchés, le droit et l'économie ne sont pas des sciences exactes. En outre, même si elles l'étaient, la collecte d'éléments de preuve pour étayer une position sur une activité douteuse comporte de nombreux autres pièges. Pour toutes ces raisons, le Comité ne tirera que les conclusions les plus prudentes ou les plus évidentes de son dossier en matière d'application de la *Loi*.

S'il y a beaucoup de comportements marginaux, alors, certes, nous voulons remettre les choses en ordre [...] Mais les choses peuvent être remises en ordre soit par voie de litige, soit si le commissaire obtient de l'intéressé qu'il change de comportement, sachant que s'il ne le fait pas il risque un procès. Le commissaire est sans cesse en train de régler des affaires en recourant à d'autres solutions, et cela est extrêmement rentable pour nous tous. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

Le tableau 2.1 donne un aperçu du dossier du Bureau en matière d'application au cours des dernières années, et ce en fonction de certaines dispositions de la *Loi*. Le Comité est conscient que de nombreuses conclusions peuvent être tirées des données, y compris des conclusions diamétralement opposées. Par exemple, en se basant sur le nombre de plaintes, on pourrait croire qu'il faut être plus vigilant à l'égard des violations aux dispositions sur le maintien des prix que de toutes les autres pratiques anticoncurrentielles (refus de vendre, vente liée, exclusivité et limitation du marché). En revanche, on pourrait tout aussi raisonnablement penser que, compte tenu du nombre d'enquêtes par rapport au nombre de plaintes, le Bureau est relativement laxiste, voire trop laxiste face aux plaintes de prix d'éviction, de refus de vendre, de vente liée,

d'exclusivité et de limitation du marché. Ces deux positions sont possibles étant donné qu'il manque à chacune des faits pertinents et essentiels.

Tableau 2.1
Dossier du Bureau de la concurrence sur l'application de la *Loi sur la concurrence* en fonction de certaines dispositions de celle-ci

Disposition	Plaintes	Résolution des plaintes		
		Enquêtes	Autres intruments de règlement	Procédures d'application officielles
50(1)(*a*)	88	5	4	0
50(1)(*c*)	382	7	9	0
61	461	7	77	3
75	304	27	4	1
77	214	28	7	0
Total	**1 449**	**74**	**101**	**4**

Nota : Les données sur les dispositions traitant de la fixation des prix (alinéas 50(1)*a*) et 50(1)*c*) ainsi que l'article 61) portent sur une période quinquennale comprise entre le 1er avril 1994 et le 31 mars 1999. Les données sur le refus de vendre (article 75) ainsi que sur la vente liée, l'exclusivité et la limitation du marché (article 77) portent sur une période de quatre ans comprise entre le 1er avril 1997 et le 31 mars 2001.
Sources : J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratique*, 1999; Bureau de la concurrence, lettre adressée au Comité à la suite des audiences sur le projet de loi C-23.

Manifestement, le Bureau, en établissant ses priorités internes, a posé le principe que les cartels sont un problème majeur, que les règles touchant les prix imposés et discriminatoires, par exemple, sont économiquement mal fondées et vont trop loin, et qu'il n'y a donc pas lieu d'en faire des priorités d'action. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

De toute évidence, le Comité n'est pas en mesure de quantifier les retombées économiques de chaque affaire, ni d'évaluer le bien-fondé de chacune par rapport aux différentes dispositions de la *Loi*, ni d'évaluer les lacunes juridiques ou économiques exactes de chaque disposition. Nous comprenons cependant que les différentes pratiques de marketing et de fixation des prix entraînent des réactions publiques distinctes et, partant, des degrés divers de reddition des comptes. Cependant, il est absolument impossible d'établir la corrélation exacte entre l'indignation et le nombre de plaintes afin de pouvoir procéder à une évaluation pertinente. Le ratio enquêtes/plaintes par rapport à chaque disposition de la *Loi* relève-t-il davantage du coût des poursuites, du bien-fondé, des répercussions économiques ou de la clarté de la terminologie employée dans la *Loi*?

Le rapport VanDuzer a abordé ces mêmes questions en examinant les dispositions sur les pratiques anticoncurrentielles de fixation des prix, et le Comité ne voit pas pourquoi il faudrait contester les principales conclusions du rapport. Les critères utilisés par le Bureau pour choisir les affaires ont été évalués dans le rapport. Il y a quatre critères qui ne sont pas pondérés de la même façon et auxquels des points sont attribués selon chaque plainte en fonction des faits. Ces critères sont les suivants : 1) incidence économique; 2) considérations relatives à l'application de la *Loi*; 3) solidité du dossier; 4) considérations relatives à la gestion. Le Comité fait ressortir les extraits suivants du rapport VanDuzer :

Je pense qu'il peut avoir gain de cause, et c'est d'ailleurs le cas, avec les affaires de complot dans des cadres tant larges que restreints. Surtout dans l'environnement contemporain, avec l'actuel programme d'immunité, qui lui permet d'approuver les accords qu'il lui était assez difficile d'entériner dans les années 80. Les statistiques de 1992 ne sont en réalité pas pertinentes quant à votre décision d'intervenir ou non dans ce domaine. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:40]

> Selon les statistiques, peu de dossiers ont été traités jusqu'à ce qu'on parvienne à une forme de règlement, sauf au moyen d'autres instruments de règlement dans le cas des plaintes visant le maintien des prix. L'absence relative de procédures officielles d'application soulève plusieurs préoccupations concernant la clarté et, en fin de compte, l'efficacité de la loi. Des procédures d'application obligeraient les cours et les tribunaux à peaufiner progressivement la loi, en clarifiant son application et en soulignant la volonté du Bureau de l'appliquer. Un nombre accru d'affaires portées devant les tribunaux mettrait également au jour les lacunes de la loi, mais en fin de compte se révélerait bénéfique en favorisant la réforme de la loi. On peut espérer qu'une plus grande clarté engendrée par l'adoption dans un plus grand nombre de cas de mesures d'exécution susciterait un plus grand intérêt pour les actions privées en vertu de l'article 36. À ce jour, la possibilité de poursuites civiles pour infraction aux dispositions pénales a été peu exploitée[8].
>
> On crée un fossé entre les attentes des personnes qui portent plainte auprès du Bureau et ce que le Bureau est prêt à faire contre des pratiques en matière de prix présumées anticoncurrentielles. La situation est particulièrement grave en cas de discrimination par les prix et de pratique d'éviction, puisqu'en l'absence complète de procédures officielles d'application, le Bureau pourrait être accusé de choisir de ne pas appliquer la *Loi*. Ceci donne à penser qu'il y a lieu de réexaminer les critères de sélection des dossiers de sorte à réduire les obstacles qui empêchent les tribunaux d'être saisis des plaintes et de réviser les lignes directrices afin de respecter plus rigoureusement la *Loi*. Ou bien, il y a lieu de réformer les dispositions afin de donner au Bureau une orientation plus claire quant à sa

8 J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, *Pratiques anticoncurrentielles en matière de droit et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratique*, p. 70.

politique d'application. D'une façon ou d'une autre, il en résultera une plus grande concordance entre la lettre de la loi et la politique de mise en application du Bureau[9].

Sur un plan plus général, le Comité souhaiterait conclure que, étant donné les tendances plutôt constantes dans le nombre de plaintes et d'enquêtes totales au cours des périodes de quatre et de cinq ans envisagées dans le tableau 2.1, à une époque où les activités économiques étaient prospères et croissaient constamment, le monde des affaires s'est conformé relativement davantage à la *Loi*. Cependant, nous ne pouvons pas en arriver à une telle conclusion parce que même le nombre de plaintes est fonction de ce que les gens savent sur ce qui constitue une infraction en vertu de la *Loi* et de la façon dont ils perçoivent l'attitude du Bureau face à leurs plaintes. Nous ne pouvons pas corriger ces données en conséquence, ces facteurs importants étant inconnus ou n'ayant pas été consignés.

Sur le plan des problèmes d'application, votre comité pourrait agir dans trois domaines. Il y a cette question de financement... il y a aussi celle des autres instruments de règlement, comme les recours privés [...] l'autre plan d'action serait une réforme radicale de la procédure du Tribunal. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

Le nombre record d'amendes perçues par le Trésor fédéral à la suite des récentes mesures intensives prises par le Bureau à l'égard des complots pourrait être interprété comme un signe de vigilance accrue qui ne tardera pas à rapporter lorsque l'économie aura repris son envol, parce que les entreprises seront plus efficaces et qu'on aura adopté des politiques vigoureuses en matière de concurrence. La plupart de ces amendes ont été imposées à la suite de condamnations dans des affaires de complots internationaux. Le Bureau pourrait simplement suivre dans la foulée des autorités des autres pays en matière de concurrence. En outre, les plaidoyers de culpabilité dans les affaires de complots sont susceptibles également de refléter le coût élevé des poursuites et la possibilité que des renseignements privés deviennent publics dans d'autres pays comme aux États-Unis, où les parties peuvent essayer d'obtenir des dommages-intérêts au montant triplé. Ces faits laissent supposer que les plaidoyers de culpabilité sont plus de nature à refléter la rentabilité d'intenter des poursuites au Canada que la culpabilité réelle ou l'effet dissuasif de la *Loi*.

Il coûte encore plus cher d'intenter une procédure pénale, à cause de la norme de preuve pénale. Donc, la dépénalisation, à certains égards, et l'adoption d'une infraction absolue, devrait réduire le coût, car c'est un coût infligé à l'ensemble de la société. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

Étant donné l'analyse qui précède, le Comité axera ses efforts sur les réformes qui réduiront directement les

---

9 *Ibid.*, p. 71.

coûts d'application, sans compromettre indûment les droits juridiques, ce qui comblera donc l'écart entre l'objectif de conformité complète à la *Loi* et le comportement économique que nous observons sur le marché. Comme premier moyen de réduire les coûts d'application, tous préconisent de se pencher sur les méthodes actuelles du Tribunal, lesquelles font l'objet du prochain chapitre. L'élaboration d'une jurisprudence et les lignes directrices du Bureau en matière d'application auraient également un effet direct sur le coût des poursuites et de l'application. Cette question sera abordée immédiatement à la rubrique suivante.

Il y a un débat sur l'opportunité de scinder l'article 45 en une infraction absolue et une infraction civile. Si vous faites cela, il en coûtera plus cher au commissaire de poursuivre pour les infractions civiles. Dans le monde pénal actuel, la responsabilité est scindée entre deux ministères, si bien que la poursuite émarge à deux budgets différents. Le Bureau de la concurrence se charge de l'enquête et le ministère de la Justice assure la poursuite. Si l'on va revoir le rôle du Bureau, il faudra également réfléchir aux ressources dont il aura besoin pour s'acquitter de cette responsabilité supplémentaire. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

Le Comité examinera également les effets indirects sur les coûts d'application. Il se penchera sur les dispositions les plus discutables de la *Loi* afin de s'assurer qu'elles refléteront correctement les motifs et les conséquences économiques. C'est pourquoi faire passer des dispositions importantes, de la partie de la *Loi* traitant des infractions pénales à celle traitant de l'examen, peut restreindre les coûts d'application totaux (voir les chapitres 4 et 5), outre le fait qu'un tel changement aurait un effet paralysant moindre sur les activités économiques. De plus, ces changements auraient très certainement pour effet que le fardeau de l'application incomberait au commissaire plutôt qu'au procureur général du Canada, ce qui pourrait entraîner des répercussions sur le budget et les ressources des deux organismes. Sur le plan des mesures d'application et des pouvoirs officiels, le Comité évaluera le bien-fondé des ordonnances d'interdiction par rapport aux dommages-intérêts et aux amendes comme outils de dissuasion applicables aux pratiques anticoncurrentielles, et plus particulièrement aux prix d'éviction. Enfin, le Comité examinera l'impact du droit privé d'action sur un nombre restreint de pratiques visées par la partie de la *Loi* traitant des recours civils, selon les termes du projet de loi C-23. Le Comité étudiera également les répercussions sur les ressources. Parallèlement, il évaluera la pertinence des ressources affectées au Bureau aux fins de l'application de la *Loi*.

[J]'ai l'impression que le droit évolue au fur et à mesure des jugements et s'affine par ce biais. Or ce qui semble se passer au Canada, c'est qu'une décision laisse subsister pas mal d'incertitudes, et ensuite rien ne se passe pendant huit ou dix ans. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:50]

La jurisprudence et les lignes directrices en matière d'application

Je pense que les interprétations de la loi données par le commissaire devraient être beaucoup plus souvent éprouvées [...] par opposition au renforcement des pouvoirs du commissaire [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

L'application d'une loi, y compris celle sur la concurrence, ne peut pas se faire en vase clos. Il est essentiel de donner des points d'ancrage permettant d'évaluer les pratiques. De plus, il faut des repères précis qui permettent d'établir une distinction entre une activité commerciale acceptable et une activité commerciale inacceptable. Le libellé de la *Loi* ne traite pas suffisamment de l'aspect économique. Il faut élaborer une jurisprudence et des lignes directrices en matière d'application pour expliquer la philosophie économique parfois abstraite sur laquelle la *Loi* se base. En fait, lorsque la jurisprudence et les lignes directrices en matière d'application traduisent fidèlement la théorie économique, elles aident le monde des affaires à se conformer volontairement à la *Loi* et le Bureau à appliquer cette dernière.

Premièrement, nul ne souhaite réellement se retrouver au Tribunal dans le seul but d'établir une jurisprudence pour les autres. C'est le genre de service public que nul ne souhaite réellement rendre. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:50]

Les experts en droit de la concurrence qui ont témoigné devant le Comité étaient presque unanimes à cet égard. Selon eux, la jurisprudence actuelle est insuffisante pour orienter correctement ceux qui interviennent sur les marchés. Les ambiguïtés dans le libellé et l'application de la *Loi* sont légion. Ces experts divergent cependant d'opinions lorsqu'il s'agit de déterminer la cause principale. Certains l'imputent à la faiblesse de la *Loi* tandis que d'autres blâment le Bureau de la concurrence qui serait peu enclin à prendre des risques. L'écart entre ces deux positions s'agrandit face à la solution proposée d'accorder davantage d'incitatifs financiers pour élaborer la jurisprudence nécessaire. Certains maintiennent qu'il serait utile de le faire tandis que d'autres croient que c'est une façon coûteuse de préciser la *Loi*. Ces derniers préconiseraient plutôt de clarifier les lignes directrices du Bureau en matière d'application. Le Comité coupera la poire en deux, étant d'avis qu'il faut davantage de jurisprudence, ce qui pourrait se concrétiser entre autres en accordant un droit privé d'action, comme le prescrit la version modifiée du projet de loi C-23. En plus, le Comité reconnaît qu'il faudrait affiner les lignes directrices en matière d'application.

[S]i nous avions davantage de jurisprudence, nous n'aurions pas besoin d'autant de lignes directrices. On n'aurait pas besoin, par exemple, de spécifier, en rapport avec l'article 78, tous les agissements anticoncurrentiels ou abusifs auxquels une entreprise dominante peut se livrer. Cela aurait pu être exploré devant le Tribunal et on pourrait se fier à la jurisprudence. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:50]

Les lignes directrices du Bureau en matière d'application visent à combler les lacunes imputables à la

jurisprudence insuffisante afin de mieux faire comprendre la *Loi* à la population. Relativement aux dispositions régissant les pratiques anticoncurrentielles de fixation des prix, les auteurs du rapport VanDuzer signalent ce qui suit :

> En établissant ses lignes directrices sur la discrimination par les prix et celles sur les prix d'éviction, le Bureau a essayé de doter son personnel d'un instrument analytique cohérent pour l'application des dispositions pénales ayant trait aux prix d'éviction et à la discrimination par les prix. Malgré les critiques que nous avons faites, cette approche s'est généralement révélée très efficace. Les lignes directrices sont beaucoup plus efficaces que les procès pour clarifier l'interprétation des dispositions de la *Loi sur la concurrence*. Par ailleurs, elles peuvent s'appliquer de manière générale à des problèmes et dans un cadre analytique, tandis que les décisions des tribunaux sur des affaires données présentent deux inconvénients, celui de ne dévoiler que progressivement les subtilités de la loi et celui de livrer parfois une analyse qui peut être liée aux éléments propres à chaque affaire. Grâce aux lignes directrices les agents de commerce chargés de l'étape critique de l'évaluation préliminaire des dossiers disposent des outils voulus pour prendre des décisions judicieuses et uniformes. En proposant une méthode d'application claire, les lignes directrices peuvent faciliter le recours à d'autres instruments de règlement et, plus généralement, réduiront les coûts reliés à la conformité des entreprises[10].

Je pense que tous les éléments requis sont là. Ce sont les interprétations qui laissent beaucoup à désirer. Je ne pense pas qu'il faille des règles distinctes pour des industries distinctes. Mais je pense qu'il faut une application claire et cohérente des lignes directrices claires. [John Scott, Fédération canadienne des épiciers indépendants, 59:09:45

De l'avis du monde des affaires, les lignes directrices ne sont pas une solution rassurante. Elles n'ont aucune force exécutoire devant les tribunaux, le Bureau ou le Tribunal de la concurrence. On a signalé au Comité que le Tribunal ne tient pas compte habituellement des lignes directrices. Récemment, le Bureau de la concurrence a abandonné ses propres lignes directrices sur l'application des dispositions régissant les fusions, dans l'affaire *Superieur Propane*. Le Comité trouve que cette attitude est déconcertante. Nous pouvons uniquement en conclure que les lignes directrices doivent être modifiées. Les auteurs du rapport VanDuzer ont formulé plusieurs recommandations précises sur les lignes directrices du Bureau en matière d'application, recommandations que nous appuyons généralement. Cependant, le Comité abordera chacune d'entre elles dans les chapitres ultérieurs. Il souscrit également à la recommandation 16 du rapport VanDuzer, laquelle recommandation traite, d'une façon générale, des lignes directrices en matière d'application. Cette

10 J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, *op.cit.*, p. 86.

recommandation découle du fait qu'on a reconnu la transition générale entre une économie industrielle et une économie du savoir caractérisée par l'innovation et les structures industrielles. Dans cette économie du savoir, la domination du marché, le cas échéant, est susceptible d'être relativement courte. Le Comité recommande donc :

2. **Que le Bureau de la concurrence revoie ses directives, ses politiques et ses pratiques en matière d'application de la *Loi* pour s'assurer qu'une importance suffisante soit accordée aux gains d'efficience dynamiques compte tenu des nouveaux défis que pose l'économie du savoir, notamment : 1) une innovation rapide; 2) des coûts marginaux décroissants ou nuls pour chaque unité de production supplémentaire; 3) l'éventuel désir de domination du marché par une entreprise, établissant ainsi une nouvelle norme sectorielle; et 4) la fragilité croissante des positions dominantes.**

Notre expérience montre que les lignes directrices sont routinièrement [...] ignorées dans des cas particuliers. Récemment, par exemple, le Bureau de la concurrence a abandonné ses lignes directrices sur les fusions dans l'affaire de Supérieur Propane. On a vu d'autres cas où le Tribunal a ignoré ses lignes directrices. Il est bon de discuter de ces questions et d'esquisser les scénarios et de voir ce que l'on pourrait faire. Mais penser que les lignes directrices et leurs publications vont nécessairement réduire l'incertitude [...] Je pense que seule la jurisprudence peut le faire et nous en avons très peu. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:05]

Lorsque cet examen sera terminé, nous nous attendrons à ce que le commissaire s'en tienne aux lignes directrices en matière d'application. Tout écart important de celles-ci est inacceptable. S'il faut apporter d'autres changements, les lignes directrices devraient être modifiées avant d'être appliquées, et non pas l'inverse.

Outils d'application comportant des délais rigoureux

En de nombreuses occasions lors de ses témoignages devant le Comité, le commissaire a préconisé de modifier la *Loi* afin qu'il puisse disposer de nouveaux pouvoirs l'autorisant à émettre des ordonnances d'interdiction à son propre compte, sans donner à la partie visée le droit d'être entendue avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance et sans être tenu d'obtenir l'autorisation préalable du Tribunal de la concurrence. Un tel pouvoir a été conféré en vertu de l'article 104.1 de la *Loi sur la concurrence* régissant les transporteurs aériens nationaux définis dans la *Loi sur les transports au Canada*, lorsqu'il s'agit de pratiques anticoncurrentielles (prix d'éviction, alinéa 50(1)*c*), et abus de position dominante, article 79). Le projet de loi C-23 prolongerait la durée de cette

Si vous étiez à l'intérieur et voyiez la difficulté et les efforts déployés pour respecter cette loi, vous arriveriez à la conclusion que la réponse est oui, c'est efficace. Le commissaire est très vigilant et Air Canada se débat chaque jour pour essayer de comprendre ce qu'elle peut faire et ne pas faire dans le régime actuel. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:45]

ordonnance — au-delà de 80 jours si toutes les possibilités de renouvellement sont utilisées — afin de permettre aux deux parties d'échanger des renseignements de bonne foi mais tardivement. Le projet de loi C-23 accorderait ce même pouvoir au Tribunal de la concurrence. En effet, une nouvelle disposition, le paragraphe 103.3(2), viserait tous les secteurs d'activité et tout comportement susceptible d'examen au civil.

Je veux simplement distinguer entre deux façons de combattre les prix d'éviction. L'une est le pouvoir de rendre une ordonnance d'interdiction que possède le commissaire, pouvoir dont il demande le renforcement afin de pouvoir la rendre au préalable, avant même que la firme visée fasse quoi que ce soit. C'est une possibilité, et elle a l'avantage de protéger un concurrent donné et d'empêcher un préjudice immédiat. Mais je pense que ce n'est certainement pas la bonne solution, ni dans le cas du transport ni d'aucune autre industrie. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:40]

Une nouvelle disposition de la *Loi*, le paragraphe 103.3(2), précise les circonstances où le Tribunal peut rendre une ordonnance provisoire. L'ordonnance sera rendue :

- lorsque la concurrence subira vraisemblablement un préjudice auquel le Tribunal ne pourra adéquatement remédier;
- lorsqu'un compétiteur sera vraisemblablement éliminé;
- lorsqu'une personne subira vraisemblablement une réduction importante de sa part de marché, une perte importante de revenu ou des dommages auxquels le Tribunal ne pourra adéquatement remédier.

Je pense que le meilleur moyen de combattre les prix d'éviction est d'attendre et de sanctionner l'infraction. Là où nous avons un problème dans ce pays, c'est que cela n'apporte pas grand-chose, lorsqu'on constate qu'une infraction est commise, d'ouvrir une procédure en droit civil pour abus de position dominante et dire « Voilà, ne recommence pas », puis d'émettre une injonction. Ce genre de remède est simplement insuffisant. Ce qu'il faudrait plutôt faire ici [...] est d'utiliser la procédure civile et d'imposer des amendes. Et [...] peut-être même envisager des dommages-intérêts. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:40]

Selon les critiques, l'instance *ex parte* sans préavis à l'autre partie présente un fait accompli et constitue une ordonnance qui est dotée de la même force que si elle émanait d'un tribunal et dont la violation est punissable d'une amende ou de l'emprisonnement. Lorsque l'ordonnance est signifiée, la partie visée peut présenter une demande d'annulation. Lors de l'audition d'une instance, les motions et les demandes faites *ex parte* constituent l'exception plutôt que la règle. En outre, ce qu'on demande au Tribunal lorsqu'il rend une ordonnance, particulièrement à la suite d'une perte importante d'une part de marché ou d'une perte importante de revenu, constitue un moyen si faible qu'il amène le commissaire à aller au-delà de la protection du processus concurrentiel afin de protéger les différents concurrents. Les économistes appuient considérablement cette position parce qu'ils croient fermement que la concurrence doit, de par sa nature même, déboucher sur des gagnants et des perdants en ce qui concerne les revenus et la part de marché. Par conséquent, la *Loi sur la concurrence* risque maintenant de nuire à la concurrence. Ces critiques préconisent par contre d'accorder des dommages-intérêts et d'imposer des

amendes comme moyens pertinents de prévenir les pratiques anticoncurrentielles.

Pour sa part, le commissaire est d'avis que ces pouvoirs extraordinaires sont nécessaires étant donné l'insuffisance des mesures et/ou des recours dont dispose actuellement le Bureau pour s'opposer à la menace des prix d'éviction et des autres pratiques anticoncurrentielles d'une façon opportune. L'instance *ex parte* est adoptée parce que donner un avis d'instance imposerait un processus qui obligerait le commissaire à se présenter devant le Tribunal, ce qui nécessiterait beaucoup de temps, afin de faire valoir l'ordonnance provisoire, réduisant considérablement ce qu'on visait pour ce pouvoir, c'est-à-dire un délai rigoureux.

En soupesant ces arguments, le Comité se rend compte que, dans un monde parfait où les prix d'éviction et les autres pratiques anticoncurrentielles pourraient être détectés facilement et où l'application de la *Loi* ne laisserait place à aucune ambiguïté, de tels comportements anticoncurrentiels ne seraient plus possibles parce qu'une ordonnance d'interdiction y mettrait fin dès qu'ils se manifesteraient. De plus, en accordant des dommages-intérêts et en imposant des amendes, le Tribunal découragerait de telles pratiques anticoncurrentielles. Les deux méthodes d'application, en l'occurrence l'ordonnance d'interdiction provisoire et les dommages-intérêts, entraîneraient les mêmes répercussions dans un tel environnement. Cependant, nous vivons dans un monde imparfait où les méthodes d'application ne sont pas les mêmes et exercent des effets différents. Dans un monde où les erreurs « de type 2 » sont possibles, c'est-à-dire lorsqu'une mesure d'application inopportune est prise, l'ordonnance d'interdiction provisoire entravera la concurrence et fera perdre de l'argent aux consommateurs en les forçant à payer plus cher pendant la période visée par l'ordonnance. D'autre part, dans un monde où la *Loi* est appliquée avec ambiguïté et comporte des lacunes dans son libellé, les dommages-intérêts et les amendes peuvent empêcher les concurrents d'adopter des stratégies de fixation des prix énergiques mais concurrentielles. De toute évidence, ces répercussions ne sont pas les mêmes.

Il y a les prix d'éviction. Il faut manifestement un remède autre que l'ordonnance d'interdiction. Un remède axé sur des dommages-intérêts et des amendes semble une dissuasion raisonnable. On pourrait transférer cela dans le volet civil et éviter tous les problèmes des poursuites au pénal. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:55]

C'est une erreur, si l'on va jusqu'à dire. mettons, en matière de prix d'éviction, que les pouvoirs d'interdiction, parce qu'ils peuvent intervenir si rapidement, sont forcément souhaitables [...] Il est tout à fait possible d'inscrire dans la Loi une disposition d'application contre la pratique des prix d'éviction et qui s'appuie sur la procédure normale du Tribunal, sans qu'il faille recourir à des mesures de redressement par voie d'injonction. À condition de prévoir des amendes et des incitatifs suffisamment onéreux [...] [Roger Ware, Université Queen's, 59:12:15]

En évaluant les avantages et les inconvénients de ces outils d'application dotés de « délais rigoureux », le Comité s'est penché sur les données qui montrent clairement que les prix d'éviction sont souvent signalés mais rarement prouvés. Entre 1994 et 1999, le Bureau a été saisi de 382 plaintes de prix d'éviction, mais il a conclu que seulement 7 de ces plaintes devaient faire l'objet d'une enquête. Neuf plaintes avaient été résolues grâce à un autre instrument de règlement, et aucune ne justifiait que des poursuites soient entamées. Même si le nombre élevé de plaintes semble favoriser la méthode d'application regroupant les dommages-intérêts et les amendes, la décision prise par le Bureau d'effectuer une enquête sur seulement sept plaintes, permet en quelque sorte le recours à l'une ou l'autre des méthodes, en supposant que nous soyons prêts à composer avec le pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour offrir ce choix plutôt qu'avec une approche systémique. Parallèlement, le Comité n'a décelé aucune répercussion paralysante du régime actuel de concurrence sur le monde des affaires, et à plus forte raison les effets paralysants qui pourraient émaner d'un système dissuasif axé sur les amendes et les dommages-intérêts.

Il vous faut créer ce genre de pénalité dans le cadre des dispositions de la loi en matière d'abus de position dominante, et ce pour maintenir l'effet dissuasif de la loi. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vienberg, 59:12:20

Le manque d'information ne permet pas au Comité de déterminer lequel des deux outils d'application serait préférable, mais il n'en demeure pas moins que, selon d'autres considérations, il n'est pas nécessaire que ce débat soit inséré dans un contexte dichotomique. Adopter les deux méthodes d'application comporte plusieurs avantages : 1) l'ordonnance de cessation aiderait à atténuer les dommages-intérêts dans les affaires flagrantes de prix d'éviction; 2) les dommages-intérêts et les amendes rétabliraient l'équilibre de la structure des incitatifs pour offrir un meilleur effet dissuasif lorsqu'il se présente des possibilités de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles (ce qui réduit également les possibilités de recourir au pouvoir discrétionnaire de poursuivre); 3) les dispositions visant les transporteurs aériens deviendraient inutiles et pourraient être abrogées. Ce troisième avantage est particulièrement intéressant aux yeux du Comité puisqu'il permettrait rapidement de faire de nouveau de la *Loi sur la concurrence* une loi d'application générale. Le Comité est convaincu que, par l'adoption des autres modifications formulées dans le présent rapport, davantage de jurisprudence réduirait les ambiguïtés de la *Loi* et son effet paralysant sur les pratiques de fixation des prix énergiques

mais concurrentielles. Pour toutes ces raisons, le Comité recommande :

3. **Que le gouvernement du Canada donne au Tribunal de la concurrence le droit d'imposer des sanctions d'ordre administratif à quiconque viole les articles 75, 76, 77, 79 et 81 de la *Loi sur la concurrence.* Le Tribunal aurait toute discrétion pour établir ces sanctions.**

À l'heure actuelle, nous avons un commissaire à la concurrence qui, de par la loi est indépendant et fait rapport au ministre de l'Industrie mais n'accepte aucune instruction de ce dernier, sauf pour l'ouverture d'une enquête. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

Grâce à ces modifications, la *Loi sur la concurrence* redeviendra une loi d'application générale, sans dispositions spéciales s'appliquant à des industries particulières. Pour cette raison, le Comité recommande :

4. **Que le gouvernement du Canada abroge toutes les dispositions de la *Loi sur la concurrence* qui visent précisément l'industrie du transport aérien (paragraphes 79(3.1) à 79(3.3) et articles 79.1 à 104.1).**

Indépendance du commissaire et reddition des comptes

L'indépendance du commissaire par rapport au gouvernement est une question particulièrement surprenante et perturbante qui s'est dégagée lors de la première série d'audiences du Comité en 2000. Cette question a continué de se poser, et il est venu s'y greffer celle de la reddition des comptes. Les doutes sur l'indépendance du commissaire se sont manifestés pour la première fois lorsque celui-ci a examiné ses lignes directrices sur les fusions, qui devaient s'appliquer au secteur des banques à la demande du ministre des Finances. Le commissaire a signalé qu'il émettait des réserves quant à l'application générale. Les questions ont commencé à se multiplier quand le commissaire a accepté la position du gouvernement pour la deuxième fois lorsqu'il cherchait des pouvoirs extraordinaires d'interdiction pour mettre fin aux pratiques éventuelles d'Air Canada en matière de prix d'éviction. Encore une fois, on mettait en doute l'application générale de la *Loi.* Plus récemment, le commissaire a abandonné, dans l'affaire *Superieur Propane*, ses lignes de conduites sur les fusions, alors qu'il

Nous avons aujourd'hui un pouvoir décisionnel aux mains d'une seule personne qui n'a pas réellement de comptes à rendre. Chaque fois qu'il y a une poursuite inaboutie, des pressions s'exercent immédiatement pour modifier la Loi. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

avait confirmé au ministre des Finances que ces lignes directrices étaient pertinentes.

Ce qui se passe en gros, dans le cas des fusions et des affaires pour lesquelles la vitesse compte, c'est que dans le cas des plaintes de type doléances en matière de prix d'éviction, le commissaire craint que le processus ne soit pas suffisamment rapide. C'est pourquoi il recherche des pouvoirs supplémentaires, transformant son propre bureau en enquêteur et en arbitre. Dès qu'un seul organe joue les deux rôles, alors l'on va s'inquiéter de l'aspect indépendance. Si donc on pouvait régler la question du modèle d'arbitrage, si l'on pouvait amener le Tribunal à jouer un rôle plus efficace et plus actif en tant que vérificateur indépendant, alors cela permettrait un équilibre sur le plan procédure [...] Il est très important qu'il y a ait cet équilibre entre un processus rapide et la pleine et régulière application de la Loi pour les différentes parties. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:55]

Le Comité ne partage toutefois pas ces vues et il estime important d'établir une distinction entre la perception et la réalité. Sur le plan de l'indépendance, les juristes spécialistes de la concurrence semblent être parvenus à un consensus : le commissaire est en fait indépendant du gouvernement en ce qui concerne le choix, l'administration et la conclusion des affaires. Il ne l'est pas pour ce qui touche à son budget et à ses obligations de rendre des comptes.

Relativement à l'orientation donnée à l'application, personne ne pourrait faire ressortir un exemple d'intervention de la part du gouvernement dans le processus décisionnel du commissaire en matière d'application. Quant à la reddition des comptes du Bureau de la concurrence au gouvernement, le Comité comprend que le commissaire relève du ministre de l'Industrie et du Cabinet. Ainsi, le gouvernement peut être tenu responsable devant la population des mesures prises par le commissaire, l'un des fonctionnaires les plus influents au Canada. Par exemple, des spécialistes de la concurrence ont parfois jugé le dossier du commissaire en matière d'application en fonction de ce qu'ils appellent les erreurs de type 1 et les erreurs de type 2. Une erreur de type 1 désigne l'omission d'une mesure d'application obligatoire (le marché en question étant anticoncurrentiel). Par contre, une erreur de type 2 désigne la mise en œuvre d'une mesure d'application inopportune. Cependant il existe également des erreurs de type 3. Le Comité définira ainsi ce type d'erreur : gaspiller l'argent des contribuables par des mesures d'application inefficaces. Une fois qu'ont été établies les lacunes relatives à la *Loi*, au Tribunal de la concurrence et à son budget, dont le gouvernement peut être tenu responsable, toutes les autres lacunes en matière d'application peuvent être attribuées au commissaire et à son administration du Bureau de la concurrence. Ces erreurs peuvent être corrigées uniquement par des décisions du pouvoir exécutif. Donc, l'indépendance institutionnelle vis-à-vis du gouvernement n'est pas conseillée.

Il y a à mon avis deux choses importantes en matière de politique d'application de la Loi : tout d'abord, il y a l'indépendance; deuxièmement, il y a l'imputabilité. Le commissaire doit être indépendant, il doit disposer de ressources nécessaires à son travail, mais il doit également rendre des comptes. Cela veut dire qu'il nous faut pouvoir aller devant le Tribunal et mettre à l'épreuve la décision du commissaire. C'est la façon d'exiger qu'il rende des comptes. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:11:45]

En ce qui a trait à la reddition des comptes, les spécialistes du droit de la concurrence ont déterminé

plusieurs façons dont le commissaire pourrait être tenu responsable de ses mesures en matière d'application. Nous avons déjà souligné qu'il était responsable devant la population par l'intermédiaire du gouvernement. Il doit également rendre des comptes à la population par le biais du Parlement, précisément en comparaissant devant le présent Comité. Au-delà de ses liens bureaucratiques, le commissaire doit présenter les décisions qu'il prend en matière d'application au Tribunal de la concurrence, qui peut les annuler ou les modifier lorsque celles-ci sont susceptibles d'examen au civil, et il doit également soumettre à sa décision ses demandes d'ordonnance d'interdiction.

Le commissaire est indépendant aujourd'hui dans l'exercice de la fonction application de la loi. Il n'est pas indépendant d'un point de vue institutionnel. Le sous-ministre administre son équipe, et le budget en matière de personnel et d'organisation est donc assujetti aux priorités du ministère de l'Industrie [...] Il nous faut lui assurer et une indépendance institutionnelle et une indépendance en matière d'application de la loi. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:00]

Si le processus de reddition des comptes recèle une faiblesse, c'est dans les décisions de ne pas prendre de mesures d'application en ce qui concerne les questions susceptibles d'examen au civil. Cependant, le Comité est sûr que l'établissement du droit privé d'action grâce à l'adoption du projet de loi C-23 permettra de traiter partiellement de la reddition des comptes à l'égard des articles 75 et 77. Sur le plan des fusions — c'est-à-dire lors de la divulgation des renseignements privés sur un projet de fusion lorsqu'aucune mesure d'application n'a été prise —, le commissaire doit faire preuve de prudence. Il doit évaluer les droits au respect de la vie privée des participants à la fusion en fonction du droit de savoir du public. Selon les spécialistes du droit de la concurrence qui ont comparu devant le Comité, les problèmes ne sont pas nombreux à cet égard. Ils signalent cependant que les autorités tant américaines qu'européennes en matière de concurrence fournissent davantage de renseignements que ne le fait le Bureau de la concurrence au Canada. Cependant, le Comité doit répéter que, constituant un petit marché, le Canada n'est pas, et ne devrait pas être, plus indulgent que les pays plus importants à l'égard des fusions, y compris en ce qui concerne la divulgation de renseignements. À la limite, les renseignements stratégiques divulgués au public possède une valeur moindre lorsque les marchés sont plus importants et moins concentrés. Finalement, il ne reste plus que l'article 79, la disposition sur l'abus de la position dominante. En l'occurrence, la levée de boucliers est venue de la population, et les parlementaires en ont tenu compte, d'où les nombreuses modifications proposées.

Le commissaire est [...] l'un des fonctionnaires les plus redevables du gouvernement du Canada, et cela découle en partie du serment qu'il doit prêter en vertu de la loi, et en partie de ce qui a été décrit relativement à votre capacité de l'amener devant les tribunaux dans le cadre d'un examen judiciaire. Cela découle également du fait que six résidents, quels qu'ils soient, peuvent l'obliger à mener une enquête et à intervenir auprès du ministre de l'Industrie pour lui demander de rouvrir une enquête qui a été interrompue. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

Droit privé d'action

Un autre aspect très important de cette imputabilité vient du Comité ici réuni, qui met le commissaire sous le feu des projecteurs depuis trois années déjà. Nous avons eu de nombreuses études et le commissaire est venu comparaître, a répondu à nos questions et a justifié ce qu'il fait et ce qu'il ne fait pas sur une base quasi-mensuelle [...] Vous jouez un rôle très important et vous devriez continuer de lui demander comment il s'acquitte des responsabilités qui lui reviennent en vertu de la politique et de l'administration générale de la Loi. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

Un droit privé limité d'action existe en cas d'affaire criminelle, mais, il est rarement appliqué. L'article 36 de la *Loi sur la concurrence* prévoit qu'une personne peut réclamer les dommages (et les dépens) devant tout tribunal compétent lorsqu'elle a subi une perte ou des dommages par suite : 1) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI (Infractions relatives à la concurrence); 2) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la *Loi.* Par conséquent, un droit privé d'action en dommages-intérêts peut naître dans trois cas :

1. Le ministère de la Justice a gain de cause dans une poursuite fondée sur la violation d'une disposition pénale de la Partie XI (complot, trucage des offres, discrimination par les prix, prix d'éviction, publicité trompeuse, télémarketing trompeur, double étiquetage, vente pyramidale au maintien des prix);
2. Le commissaire et une partie ont consenti à une ordonnance et cette ordonnance par consentement a été rendue par un tribunal, mais la partie ne la respecte pas;
3. Une partie lésée a gain de cause dans une poursuite privée.

Nous avons un problème d'influence dans le contexte d'une fusion ou d'une enquête en matière d'abus de position dominante, où c'est souvent l'avis du commissaire qui l'emporte, surtout dans le cas de parties qui s'inscrivent dans un petit marché et qui ont du mal à composer avec les coûts et le temps qu'il faut consacrer à une action devant un tribunal. C'est pourquoi il est important de simplifier le processus judiciaire. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

Selon le droit canadien actuel, seul le commissaire à la concurrence a le droit d'adresser une demande d'examen au civil au Tribunal de la concurrence. Mais la situation est sur le point de changer. Après avoir exécuté un examen exhaustif, le Comité a amendé le projet de loi C-23 pour permettre aux particuliers d'avoir accès au Tribunal pour régler les différends découlant de pratiques commerciales susceptibles d'examen au civil : refus de vente (article 75); ventes liées, exclusivité et limitation du marché et exclusivité (article 77).

Les témoins qui ont comparu devant le Comité semblent généralement accepter les modifications à ce sens. Le principal argument contre l'attribution du droit privé d'accès est le risque d'abus sous la forme de « litige stratégique », c'est-à-dire des actions en justice entamées non pour obtenir réparation du préjudice causé par des

agissements anticoncurrentiels, mais pour obtenir un avantage sur un concurrent. Le Comité est cependant convaincu que les garanties prévues dans le projet de loi C-23 permettent de résoudre correctement ces préoccupations.

Une autre façon d'accroître les ressources pour le contrôle d'application et obtenir davantage de jurisprudence serait d'autoriser les poursuites privées et les recours privés au Tribunal. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:55]

Lors des audiences du Comité sur la *Loi sur la concurrence*, il s'est dégagé un consensus sur le principe d'accorder un accès privé au tribunal, mais on s'entendait moins sur le redressement à offrir. De nombreux témoins étaient en faveur du droit de réclamer des dommages-intérêts, alors que d'autres s'y opposaient. Le Comité s'en est donc tenu au consensus dégagé, proposant de n'accorder au plaignant qu'une mesure injonctive. Comme nous l'avons déjà souligné, la principale raison pour refuser les demandes en dommages-intérêts serait de décourager les litiges stratégiques. À plus long terme, nous croyons cependant que les dommages et les amendes pourraient se révéler nécessaires à une application efficace.

Les avantages prévus des recours privés diffèrent légèrement selon la position émise que vous adoptez. Certains prétendent que cela entraînera un grand nombre d'affaires dont le Bureau ne pourra pas s'occuper en raison de son mandat et de son manque de ressources. Les recours privés viendront compléter les recours publics et entraîneront peut-être des économies qui pourront être affectées au budget actuel du Bureau en matière d'application. Par contre, d'autres sont d'avis que cette situation n'entraînera qu'un nombre très restreint d'affaires. Cependant, il s'agira d'affaires importantes qui viendront enrichir notre jurisprudence, préciser davantage la *Loi* et décourager les pratiques anticoncurrentielles qui pourraient passer inaperçues autrement en raison des lacunes du droit et dans la pratique.

J'aimerais néanmoins souligner que les coûts pour qu'un plaignant fasse aboutir une affaire sont très importants et que c'est encore plus un problème dans le cas des petites et moyennes entreprises. Il leur faudra donc définitivement pouvoir continuer de faire appel au commissaire comme point de premier contact pour les affaires de concurrence. Je ne pense pas que des actions privées soient une solution au problème de ressources ni même au problème d'imputabilité. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55]

Le Comité est d'avis que, la mesure injonctive constituant le seul incitatif, les particuliers pourraient, dans la plupart des cas, échanger uniquement les frais découlant d'une poursuite pour pratiques anticoncurrentielles; le coût moyen serait inférieur, espère-t-on, à un million de dollars par affaire étant donné les réformes dont les méthodes du Tribunal font l'objet. En fait, si ce scénario se concrétisait au cours des prochaines années, le monde des affaires ne tardera pas à en être au courant, et le Canada perdra

l'avantage qu'il possédait. Les droits dotés d'aucune valeur ne sont que du camouflage. Comme l'ont fait remarquer bien des observateurs, ces droits se retrouvent depuis trop longtemps dans les lois canadiennes sur la concurrence.

[L]orsque le mandat commençait à être mis en place — et il n'était pas aussi large qu'aujourd'hui — je peux vous assurer que la tâche du responsable du Bureau de la concurrence est tellement lourde ... qu'elle mérite un organe de trois personnes. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:15]

Ressources du Bureau de la concurrence

Plusieurs témoins ont fait valoir que les problèmes d'application auxquels fait face le Canada par rapport à sa politique sur la concurrence ne sont pas imputables uniquement à une législation inadéquate mais également aux ressources insuffisantes affectées au Bureau aux fins de l'application. En outre, certains témoins ont signalé que le Bureau éprouvait de la difficulté à conserver son personnel, principalement en raison des faibles salaires versés par rapport à ce que le secteur privé peut accorder à des employés expérimentés pour accomplir un travail analogue ou exécuter d'autres tâches. En fait, ils ont précisé plusieurs modèles de restructuration pour résoudre le problème de recrutement et de fidélisation, mais ils n'ont pas réussi à évaluer les lacunes éventuelles de ces modèles. Les auteurs du rapport VanDuzer font ressortir en outre le manque de personnel spécialisé, qui viendrait compléter l'effectif des agents d'application et permettrait l'exécution d'évaluations précises en temps opportun, compétences qu'il faudrait donc chercher à obtenir et à perfectionner. Selon l'avis de ces témoins, la formation en cours d'emploi n'est pas toujours efficace.

J'estime que le Bureau ne peut tout simplement pas être efficace sans ressources adéquates pour administrer une loi d'application générale dans un environnement de plus en plus déréglementé. Il a besoin de ressources de façon à pouvoir agir en bonne connaissance de cause. Cela ne signifie pas nécessairement intenter davantage de poursuites. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:10:50]

Cependant, le Comité est également conscient que, au cours de la dernière décennie, le problème relatif à l'application était partiellement imputable à des facteurs incontrôlables comme la déréglementation et la libéralisation des transports, des télécommunications et du secteur énergétique. L'augmentation des crédits versés au cours de cette période ne correspondait pas aux responsabilités accrues dont devait s'acquitter le Bureau en raison de cette situation nouvelle. La vague imprévue de fusions a été le deuxième facteur incontrôlable. Comme l'ont signalé plusieurs témoins, le tout semble se calmer et le gros de cette tempête semble être derrière nous maintenant. Le Comité estime que le Bureau de la concurrence a besoin de nouvelles ressources pour appliquer la *Loi*, afin de pouvoir exécuter son mandat efficacement, et il recommande donc :

5. Que le gouvernement du Canada fournisse au Bureau de la concurrence les ressources nécessaires à l'application efficace de la *Loi sur la concurrence.*

Effet dissuasif des amendes et de l'emprisonnement

L'amende imposée par un tribunal constitue probablement le plus important instrument d'application de la politique canadienne sur la concurrence. Contrairement aux ordonnances d'interdiction du recours à une pratique, l'amende imposée par un tribunal punit à la fois le coupable et dissuade les autres d'envisager de s'engager dans la même pratique anticoncurrentielle. L'emprisonnement, qui a également un effet dissuasif important, a joué un rôle relativement secondaire. Néanmoins, ces instruments d'application ne sont utilisés conjointement que pour les crimes les plus flagrants.

Lorsqu'on voit que 150 millions de dollars d'amendes ont été imposés ces dernières années au titre de cet article, il ne faut pas prétendre trop vite que la Loi n'est pas assez rigoureuse. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:20]

Au Canada, les sociétés ou les particuliers ayant contrevenu à l'article 45 sur les complots sont passibles d'une amende maximale de 10 millions de dollars par infraction, et les particuliers peuvent recevoir une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans. Ces amendes comptent parmi les plus sévères qui soient imposées dans le monde. Le montant des amendes pour truquage des offres (article 47) est établi par le Tribunal, qui n'est pas astreint à un maximum. Par contre, l'examen des amendes imposées par le Tribunal montre que celles-ci sont loin du maximum autorisé. Cependant, on a noté une augmentation marquée tout récemment.

Songez aux grosses multinationales au monde qui sont venues, qui ont écouté très attentivement le Canada, après les États-Unis, et qui ont payé de lourdes pénalités et dont des représentants ont plaidé coupables à des crimes au Canada : c'est tout à fait remarquable. Je pense que le Bureau est un organe de maintien de l'ordre très crédible sur la scène mondiale s'agissant d'un cartel. Il a également fait de l'excellent travail en matière de cartels locaux ici au Canada. Il a mis des gens en prison. Il a obtenu des verdicts de culpabilité. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:55]

En 1990, la Cour d'appel du Manitoba a déterminé que les gains d'un accusé peuvent être pris en considération dans l'établissement du montant d'une amende, et elle n'a pas hésité à porter l'amende initiale de 100 000 $ à 200 000 $ dans une affaire de maintien des prix (alinéa 61*a*)) et de distribution d'essence. En ce qui concerne le truquage des offres, huit minoteries ont reçu des amendes totalisant 3,4 millions de dollars en 1990. De plus, la plus importante affaire de complot dans l'histoire canadienne, la fixation des prix de vitamines en vrac par un cartel international, a rapporté au gouvernement 91,5 millions de dollars en 1999-2000. Enfin, les données totales indiquent que, depuis 1980, les condamnations à la

suite de 32 infractions aux termes de l'article 45 sur les complots ont entraîné des amendes totalisant 158 millions de dollars; les infractions aux termes de l'article 46 sur les directives étrangères et de l'article 47 sur le truquage des offres ont rapporté respectivement 14 millions de dollars et 8,8 millions de dollars. Plus de 80 % de ces amendes ont été perçues au cours des deux dernières années uniquement, à la suite de plaidoyers de culpabilité de la part d'importantes multinationales engagées dans des complots à l'échelle mondiale.

Le Comité est satisfait du dossier du Canada au cours des dernières années en matière d'application. Nous nous préoccupons du fait que certains complots pourraient éventuellement rapporter un montant supérieur aux 10 millions de dollars que prévoit l'amende maximale en cas de condamnation, mais le Bureau prétend que le monde des affaires ne considère pas ces amendes comme des « frais de redevance » ou comme simplement un autre coût à assumer pour transiger.

CHAPITRE 3 : LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

Organisation et composition du Tribunal

Le Tribunal de la concurrence a été créé en 1986 lorsqu'on a procédé à une réforme en profondeur du droit de la concurrence canadien et remplacé la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* par la *Loi sur la concurrence*. Le Tribunal est une cour spécialisée à la fois en matière d'économie et en matière de droit, qui entend et tranche toutes les demandes présentées sous le régime des parties VII.1 et VIII de la *Loi sur la concurrence* (en ce qui concerne notamment les fusions, l'abus de position dominante et d'autres pratiques commerciales susceptibles d'examen). Organisme décisionnel indépendant de tout ministère, le Tribunal se compose d'au plus quatre membres provenant de la magistrature et d'au plus huit autres membres. Les membres juristes sont choisis parmi les juges de la Section de première instance de la Cour fédérale, les autres étant nommés par la gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre de l'Industrie.

Le Tribunal examine des questions complexes d'économie et de droit, et il rend des décisions qui ont une incidence non seulement sur les droits et le bien-être économique des parties, mais également sur les entreprises et les consommateurs au Canada et de l'étranger. Afin de pouvoir résoudre ces questions, le Tribunal est investi des mêmes pouvoirs qu'une cour supérieure d'archives, y compris le pouvoir d'entendre des preuves, de convoquer des témoins, d'ordonner la production et la consultation de documents, d'assurer l'exécution d'ordonnances et, de façon générale, de faire ce qui est nécessaire pour exercer sa compétence. Toutes ces procédures visent un seul objectif : permettre au Tribunal de recueillir les preuves dont il a besoin pour rendre une décision judicieuse et équitable sur les faits du litige. Le Tribunal ne rassemble pas d'éléments de preuve; il s'en remet plutôt aux parties (ou, habituellement, à leurs avocats), pour assembler et présenter les preuves dont il a besoin pour rendre une décision. Les parties produisent leurs éléments de preuve, chacune essayant de démontrer qu'elle a raison. Les parties ont également l'occasion de

Vous devriez envisager d'ouvrir le système afin de permettre aux participants un meilleur accès au Tribunal. Je trouve extrêmement ironique que dans une loi consacrée à la concurrence, le commissaire ait un monopole ou quasi-monopole au chapitre de l'accès. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

Dans l'ensemble, presque tous les travaux du Tribunal ont trait à la partie VIII, en particulier les fusions. On doit se rappeler qu'en vertu des modifications de 1986, les fusions ont été décriminalisées et placées sous la compétence exclusive du Tribunal de la concurrence [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:10]

Le Tribunal n'a pas énormément d'expérience. Il a été créé en 1986 et n'a réellement commencé à fonctionner qu'en 1987. Ce n'est qu'en 1990 qu'il a instruit les premières contestations relatives à des fusions. Il n'a pas eu tant d'affaires à juger. Comparativement à l'expérience des États-Unis ou même de l'Union européenne, nous n'avons pas eu énormément de causes, de sorte que l'importance de chacune se trouve amplifiée. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:10]

« tester » les preuves de la partie adverse lors d'un contre-interrogatoire. Ce système — appelé le modèle « adversatif » ou « contradictoire » — est utilisé de manière courante par les tribunaux canadiens et d'autres organismes d'arbitrage.

Lorsqu'il est question de tronquer les procédures ou d'instaurer des procédures spéciales pour le Tribunal, nous ne devrions pas oublier qu'il est question ici de litiges commerciaux dans un certain domaine. Nous avons beaucoup d'expérience dans notre système judiciaire, sinon dans notre Tribunal, sur la façon de gérer ces affaires, et nous disposons de différents modèles, non seulement au Canada, mais dans d'autres administrations comme les États-Unis, où l'on a commencé à gérer les litiges commerciaux de manière plus efficace et plus efficiente. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

Dans le système « adversatif » du Tribunal, le commissaire de la concurrence est l'une des parties et il engage des procédures en présentant une demande au Tribunal. Par conséquent, le Tribunal et le Bureau fonctionnent de manière totalement indépendante l'un par rapport à l'autre. Il n'y a aucun partage des ressources ni consultation sur les instances en-dehors du processus officiel de règlement des différends. De fait, cette stricte séparation des fonctions est jugée essentielle pour préserver l'intégrité du processus décisionnel. Le Comité est au courant que d'autres administrations (notamment l'Union européenne) utilisent un modèle différent, en vertu duquel les rôles d'enquêteur et d'arbitre sont fondus en un seul. Le Comité est d'avis que notre modèle actuel est adéquat, compte tenu à la fois de la dynamique fonctionnelle de notre système de droit et des exigences liées à la Charte canadienne des droits et libertés. En outre, la séparation des fonctions au sein du système adversatif donne généralement des résultats sensés et équitables. Néanmoins, le système peut s'avérer passablement lent et lourd sur le plan de la procédure. Sans compter que les instances sont souvent rendues plus complexes par la présence de parties et d'intervenants multiples, ainsi que par la présentation de requêtes interlocutoires sur des questions de procédure. Les affaires contestées portent souvent sur des considérations économiques très complexes, par exemple la définition du marché, l'emprise sur le marché, les barrières à l'entrée, etc. Les parties font souvent appel à de nombreux experts pour mettre en lumière toutes les facettes du débat économique. Ces experts peuvent produire des rapports et présenter au Tribunal des preuves qui feront l'objet d'un contre-interrogatoire. Dans une certaines mesure, à tout le moins, les coûts élevés des instances dont est saisi le Tribunal sont attribuables à ce qui semble une tendance croissante à engager de plus en plus d'experts. Par ailleurs, certains témoins ont fait observer que les témoins experts ont de plus en plus tendance à intercéder en faveur de leurs clients, c'est-à-dire à affirmer des

Dans toute la réflexion au sujet du genre de processus que nous voudrions avoir au Tribunal, typiquement, il y a l'idée d'imposer un modèle de procès traditionnel à part entière. Ce genre d'activité d'application n'est pas approprié dans un contexte de droit public. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

conclusions de droit plutôt que de se cantonner à leur rôle qui est d'aider le Tribunal à juger correctement des faits.

Le Comité est particulièrement conscient du fait que les frais élevés des procédures engagés devant le Tribunal peuvent décourager les petites et moyennes entreprises de soumettre à ce dernier des causes légitimes. Peu d'éléments de preuve ont été présentés au Comité sur les attributions des dépens, mais le Tribunal semble disposer d'un vaste pouvoir discrétionnaire à cet égard; de fait, le Tribunal n'est aucunement obligé d'attribuer les dépens. Le public aurait peut-être intérêt à disposer d'une politique explicite sur le sujet. Par conséquent, le Comité recommande :

J'ai été l'un des seuls à déplorer le caractère formel et judiciaire de la procédure suivie par les juges de ce tribunal. Je préférerais un tribunal du type administratif, qui pourrait rendre les décisions plus rapidement sur la base d'avis d'experts. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

6. **Que le Tribunal de la concurrence élabore une politique visant une attribution juste et équitable des dépens, compte tenu des ressources dont disposent les parties à l'instance. Qu'une telle politique tienne compte des avantages qu'il y aurait à exempter les petites entreprises des frais de contentieux devant le Tribunal.**

De nombreux témoins qui ont comparu devant le Comité, tant dans le contexte de l'étude de juin 2001 qui a mené au *Rapport intérimaire* que lors de nos tables rondes récentes, ont exprimé un certain mécontentement à l'égard du processus d'arbitrage. Par contre, ils n'ont pas hésité à dire que, dans l'ensemble, le système est très efficace et ne nécessite aucune réforme majeure. Deux des problèmes invoqués étaient le temps nécessaire pour les mesures de redressement provisoires et pour rendre les décisions. En outre, beaucoup considèrent que les coûts liés à l'instruction d'une affaire par le Tribunal sont prohibitifs, ce qui est attribuable en partie, semble-t-il, à une démarche trop procédurière de communication préalable ainsi qu'aux longues listes de témoins experts que les parties peuvent appeler à témoigner.

[U]ne bonne application de la loi, sur le plan des procédures formelles, dépend en partie d'une rationalisation et amélioration des procédures du Tribunal de la concurrence, sans pour autant priver la partie incriminée de ses moyens de défense. [...] Une structure de type tribunal administratif, tribunal expert, serait beaucoup plus utile. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

Délais

Pour ce qui est de la critique selon laquelle le Tribunal ne prend pas assez rapidement des mesures de redressement provisoires, le Comité prévoit que ce

[L]es décisions du Tribunal prennent beaucoup trop longtemps [...] La plus récente affaire de consentement, pour laquelle il y a eu des déclarations de faits convenues et un degré élevé de collégialité entre les avocats de part et d'autre, a demandé environ 18 mois, et ce sur la base du consentement. Il fallait compter 18 à 20 mois pour une fusion. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:11:30]

problème sera réglé en grande partie grâce aux nouveaux pouvoirs dont le projet de loi C-23 investit le Tribunal, à l'article 103.3 de la *Loi*. Ces nouveaux pouvoirs permettront au Tribunal de rendre une ordonnance provisoire afin d'empêcher certaines pratiques anticoncurrentielles. Le critère du droit pour la délivrance de l'ordonnance est très faible — le commissaire n'a pas à démontrer que la concurrence sera irrémédiablement compromise, mais simplement que quelqu'un sera probablement éliminé en tant que compétiteur, ou qu'une personne subira vraisemblablement un revers important pour ce qui est de sa part du marché ou de ses revenus, ou un autre préjudice irrémédiable.

Le Comité croit que le fait d'accorder un redressement — provisoire ou définitif — pour le simple motif qu'un compétiteur perd des revenus (ce qui ne cesse de se produire et ne constitue pas, en soit, la preuve d'une activité anticoncurrentielle) est une mesure qui s'écarte considérablement du principe important et bien établi selon lequel la *Loi sur la concurrence* vise à protéger la concurrence elle-même, et non les compétiteurs. Toutefois, le redressement dont il est question ici est *temporaire* et vise à aider le commissaire à empêcher qu'un compétiteur ne subisse un préjudice immédiat et irréparable, c'est-à-dire qu'il soit éliminé du marché. Ainsi, bien qu'une ordonnance provisoire puisse à l'occasion s'avérer inefficace en protégeant un compétiteur non concurrentiel, cet effet sera de toute façon temporaire. Au bout du compte, le commissaire ou le demandeur devront quand même prouver les éléments de fond de l'article pertinent afin d'obtenir une ordonnance définitive.

Il est impératif de rationaliser et d'améliorer très considérablement [la procédure du Tribunal]. [...] LeTribunal de la concurrence a entendu quatre affaires de fusion contestées. Le temps moyen mis par le Bureau à rendre une décision dans ces transactions était d'environ huit mois et demi. La procédure du Tribunal [...] a duré en moyenne 19 mois, du début jusqu'au jugement. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

Néanmoins, le Comité craint que le fait d'abaisser ainsi la barre pour le redressement provisoire peut amener le commissaire à réclamer de telles mesures dans des cas dont le bien-fondé est douteux, ce qui serait nuisible à la concurrence. Dans une poursuite normale au civil, cela risque moins de se produire car la partie réclamant l'injonction va en justice en sachant que si elle perd en dernier recours, elle devra payer des dommages-intérêts à l'autre partie à cause du préjudice résultant de l'injonction. Cette règle vise à forcer la partie qui réclame l'injonction à bien examiner la validité de sa

demande. Toutefois, cet important facteur de dissuasion ne semble pas exister dans la *Loi sur la concurrence*. En outre, même si elle existait, une telle règle ne produirait pas nécessairement l'effet escompté, car les dommages-intérêts payables par le commissaire à la partie lésée seraient puisés dans les deniers publics et non dans le portefeuille du commissaire (comme ce serait le cas pour un plaideur privé dans une action normale au civil). Dans ces conditions, presque rien ne dissuade le commissaire de réclamer une ordonnance provisoire, ce dernier n'ayant guère à rendre de comptes quant à sa décision de présenter une telle demande.

S'il existe un comité des règles, il n'est pas nécessaire de rédiger tout un ensemble de règles, ce qui peut nécessiter jusqu'à cinq ans car il s'agit d'un domaine complexe. On modifie sans cesse les règles en fonction de l'évolution de la loi, des procédures et de la technologie, de façon à s'adapter. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:35]

Outre la question du temps nécessaire pour les mesures de redressement *provisoires*, il y a celle du temps nécessaire pour les mesures *définitives*, c'est-à-dire l'ordonnance finale du Tribunal. Dans l'affaire dont est actuellement saisi le Tribunal par suite de l'allégation du commissaire concernant un abus de position dominante par Air Canada, nous constatons que les mesures provisoires n'ont pas tardé. Toutefois, le règlement définitif ne semble pas pour demain. Le commissaire a rendu une ordonnance en vertu de l'article 104.1 le 12 octobre 2000, et il l'a prolongée pour une période supplémentaire de 30 jours le 31 octobre 2000. Puis, le Tribunal l'a prolongée de nouveau jusqu'au 31 décembre 2000. Le Comité s'inquiète de constater que l'audience ne doit pas débuter avant l'automne 2002. Justice différée est justice refusée. Nous croyons que le règlement de cette question est important pour tous les Canadiens.

Les litiges dont a été saisi le Tribunal ont souvent été acrimonieux parce qu'on sent un déséquilibre de l'information et des pouvoirs entre le commissaire [...] et les défendeurs [...] C'est très significatif en ce moment, ou ce le sera en raison des modifications au projet de loi C-23, car le Parlement a cru bon de donner au commissaire le pouvoir de demander une ordonnance provisoire pour des motifs très limités, ex parte [...] [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:09:45]

Équité procédurale

En raison des enjeux considérables des affaires traitées, le Tribunal s'efforce d'assurer aux plaideurs une équité procédurale suffisante. L'«équité procédurale » s'entend des droits et obligations inhérents au droit d'une partie à l'application régulière de la loi (« due process », comme on le dit aux États-Unis) dans un cadre d'arbitrage quasi judiciaire. À tout le moins, l'équité procédurale correspond normalement au droit d'une partie de donner sa version des faits à un arbitre impartial (c'est-à-dire sans parti pris), et au droit de s'attendre à ce que cet arbitre agisse en conformité des lois applicables. S'il n'agit pas conformément à ses compétences légales, la partie devrait

Les avocats réclament toujours davantage de protection, de mesures de sauvegarde, d'audiences et de réexamen. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

pouvoir demander un contrôle judiciaire (c'est-à-dire un réexamen du dossier) à une cour de justice.

Peu importe de quel côté nous nous trouvons dans une affaire, le résultat peut nous décevoir. C'est ce qui se passe dans le système judiciaire, mais personne ne propose jamais d'abolir les cours ou de limiter leurs pouvoirs dans leur secteur de compétence. Il semble que nous ayons tendance, chaque fois que quelqu'un n'aime pas une décision du Tribunal, à dire immédiatement qu'il faudrait réduire son champ d'action? [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

La question essentielle qui s'applique à cette notion est la suivante : jusqu'où va l'équité procédurale? Donne-t-elle à l'arbitre (en l'occurrence le Tribunal) la possibilité d'établir des règles limitant la portée de l'interrogatoire préalable, ou le délai imparti à cet égard? Qu'en est-il des délais impartis pour la présentation d'une argumentation? Ou des limites au nombre de témoins experts qu'on peut appeler à témoigner? De fait, peut-on « arrondir les coins » sans empiéter sur les droits des parties?

En veillant à l'équité procédurale, le Tribunal veut s'assurer que les parties qui comparaissent devant lui peuvent présenter leur cause de manière adéquate. Traditionnellement, chaque partie a le droit de déterminer quelle est la meilleure façon de procéder à cet égard et, en règle générale, les cours sont réticentes à intervenir sauf en cas de nécessité absolue.

Pour ce qui est de la protection procédurale, on ne peut pas dire qu'il existe de réponse définitive à la question : « qu'est-ce qui est suffisant? » De manière générale, plus les enjeux sont considérables pour les parties, plus ces dernières devraient être protégées sur le plan de la procédure. Par exemple, une instance pouvant mener à un emprisonnement devrait offrir la meilleure protection possible (c'est-à-dire celle d'une cour pénale, avec les procédures pénales, les règles de la preuve pertinentes et le fardeau de la preuve « hors de tout doute raisonnable »). À l'autre extrémité, les affaires de moindre importance au civil (p. ex., des décisions touchant l'attribution de permis) comporteraient une protection procédurale beaucoup moins rigoureuse. Toutefois, de « petits enjeux » pour une grande société peuvent constituer de très « gros enjeux » pour une petite entreprise. Il s'ensuit que la protection procédurale doit également répondre aux préoccupations des petites entreprises.

Comme n'importe quelle cour, le Tribunal devrait pouvoir gérer son registre comme il le juge bon. C'est le cas à l'heure actuelle, mais il semble qu'on veuille de plus en plus fixer des limites aux différentes activités qui précèdent la phase du litige. Mais c'est au Tribunal qu'il devrait revenir de déterminer l'équilibre approprié entre la rapidité d'exécution et l'équité. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:09:45]

Il n'est guère facile de déterminer ce qui est suffisant en matière d'équité. Par exemple, il semblerait raisonnable d'avancer qu'une personne a le droit d'être avertie si une instance judiciaire est entamée contre elle. Il nous semble

injuste en effet qu'une poursuite judiciaire puisse aller de l'avant — et qu'une ordonnance soit rendue contre quelqu'un — sans que cette personne en ait été informée ou ait eu la possibilité de réagir. De fait, le droit d'être informé est un principe important que les tribunaux civils ont souvent réitéré. Pour cette raison, les tribunaux n'autorisent généralement les demandes faites sans avis (*ex parte*) que dans des circonstances exceptionnelles.

Toutefois, si l'on pousse un peu plus loin l'idée du « droit à un avis », la situation devient un peu moins claire. Premièrement, donner « avis » d'une procédure n'a aucune signification si la personne ainsi avisée (le défendeur) ne peut rien faire pour influer sur le résultat de l'instance. Pour que le droit à l'avis ait une signification ou une utilité quelconque, on doit au moins avoir la possibilité d'agir sur l'issue du recours. On crée cette possibilité en permettant au défendeur de contester la preuve sur laquelle le requérant entend s'appuyer. Pour cela, le défendeur doit pouvoir d'une certaine façon « découvrir » l'argumentation du requérant, de sorte que la communication préalable devient nécessaire. Et qu'advient-il si une partie refuse de divulguer l'information réclamée par l'autre? Il faut qu'il y ait un moyen d'obliger les parties à divulguer leur preuve documentaire. De même, une procédure doit exister pour que les parties puissent régler leurs différends quant à la marche à suivre appropriée. Cela s'effectue au moyen de motions. Une décision doit être rendue sur chacune de ces motions, en fonction de sa valeur intrinsèque. En outre, le défendeur devrait avoir la possibilité de présenter des éléments de preuve en son propre nom, ce qui l'obligera vraisemblablement à engager des témoins experts. Il s'ensuit que le simple droit à un avis peut donner lieu à toute une ramification de droits réels et procéduraux. Le processus adversatif produit des résultats généralement justes et équitables, mais souvent à un coût très élevé.

La difficulté survient si nous insistons trop sur la pleine et régulière application de la loi, ce qui demande énormément de temps et pour laquelle nous avons ce modèle judiciaire. [...] Vous vous demandez parfois si le processus a pour véritable objet de déterminer la vérité. Si nous pouvions régler ce côté-là des choses, cela ferait beaucoup pour régler les questions d'indépendance et ainsi de suite. [Margaret Sanderson, Charles River Associates 59:12:00]

Compte tenu des principes de l'équité procédurale, le Tribunal cherche plutôt à élargir les protections qu'à les restreindre. Cela signifie que, normalement, les parties disposent de la période qui leur est nécessaire pour clore la question « en temps et lieu », sans que le Tribunal ne soit trop directif. De même, les parties s'entendent souvent sur un calendrier pour le déroulement des activités, la production de documents, etc., et ces cadres d'action

peuvent nécessiter beaucoup de temps dans les cas compliqués.

Traitement des affaires signifie également limitation du nombre de témoins. Cela vous intéresserait peut-être de savoir que dans l'affaire Microsoft [...] il n'y a eu que 24 témoins et la décision n'a fait que 46 pages. Dans l'affaire de Superior Propane, dont vous avez beaucoup entendu parler, il y a eu 91 témoins et une décision de 109 pages. Je considère, bien franchement, que cela ne constitue pas de la gestion dynamique d'affaires. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:35]

Gestion des instances

Le Comité partage les préoccupations de ceux qui trouvent que les procédures du Tribunal sont longues et onéreuses. Les intervenants ont indiqué plusieurs secteurs où elles pourraient être améliorées :

- le délai à l'intérieur duquel les différentes étapes des procédures doivent être achevées;
- le temps accordé aux interrogatoires préalables, et la portée de ceux-ci; et/ou
- la quantité de témoignages d'experts que les parties peuvent produire.

À l'heure actuelle, le Tribunal a le pouvoir, en vertu de l'article 16 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, d'adopter (sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil) des règles d'application générale régissant la pratique et la procédure devant lui. À l'heure actuelle, ces règles sont énoncées dans les *Règles du Tribunal de la concurrence*[11], qui définissent un code complet de procédures pour l'arbitrage des conflits dont est saisi le Tribunal, y compris les mesures concrètes que les parties doivent prendre et le délai à l'intérieur duquel elles doivent l'être. Les mesures en question englobent l'échange de plaidoiries, la communication préalable, la conférence préparatoire à l'audition, le redressement provisoire, les demandes des intervenants, les motions interlocutoires et l'audience elle-même.

Franchement, nombre de mes collègues [...] ont lutté avec acharnement, disant : « Ce n'est pas cela la justice. La justice c'est pouvoir convoquer autant de témoins que vous le voulez, faire un plaidoyer aussi long que vous le voulez et obtenir tous les ajournements que vous voudrez. » Je pense que l'hésitation de la part du tribunal à faire plus est attribuable à cette impression de barreau privé disant que le modèle est comme une cour. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:12:20]

Le Tribunal est au courant de ces critiques et il a déployé, et déploie encore, des efforts constructifs en vue d'y répondre. En particulier, il a établi en 1997 un Comité de liaison Tribunal/Barreau formé de membres du Tribunal, de membres de la Section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien et de l'avocat général de la Section du droit de la concurrence du ministère de la Justice (qui représente le commissaire de la concurrence). Le Comité de liaison passe en revue les façons de procéder

11 DORS/94-290, modifié par DORS/96-307; DORS/2000-198.

du Tribunal afin de déterminer s'il est possible de les raffiner et de les améliorer. Au moment de la rédaction du présent rapport, on prévoyait l'option d'un certain nombre d'améliorations sur le plan de la procédure. Entre autres, on remplacera les modalités actuelles du processus de communication préalable — la partie du processus qui, depuis toujours, nécessite le plus de temps et donne lieu au plus grand nombre de questions interlocutoires — par les procédures suivantes :

- une obligation réciproque des parties de fournir un document déclaratoire contenant une liste des dossiers qu'elles ont l'intention d'invoquer à l'audience;
- des énoncés de ce que « vont dire » les témoins non-experts qui comparaîtront à l'audience;
- un énoncé concis de la théorie économique qui sous-tend la demande.

En outre, les nouvelles procédures permettront de déposer certains renseignements fournis par le défendeur comme éléments de preuve, plutôt que d'obliger le témoin à se présenter en personne.

Autre modification tout aussi importante, les nouvelles procédures s'écarteront du modèle habituel qui permet aux parties de produire toutes leurs preuves d'expert à tour de rôle. Au lieu de cela, le Tribunal regroupera en comité les experts d'une question particulière. Chacun exposera son point de vue dans une déclaration, laquelle fera ensuite l'objet d'un contre-interrogatoire par les autres experts plutôt que par des avocats. Les avocats auront encore le droit d'interroger les experts, mais de façon limitée. Apparemment, on a utilisé cette approche en Australie et elle a donné de bons résultats.

Le Comité est également au courant du fait que le Comité de liaison Tribunal/Barreau est en train de rédiger un document de travail sur la possibilité de créer des règles similaires concernant les fusions. Ces modifications porteraient sur l'utilisation d'équipement électronique pour le dépôt des documents et les audiences, la limitation du nombre des témoins appelés à témoigner et la fixation d'échéances (au plus quatre mois à partir de la date du dépôt de l'avis de requête) pour la délivrance des motifs et

La tendance est toujours de dire, remanions un peu les règles de procédure du Tribunal et espérons que cela réglera le problème. Ce n'est pas toujours vrai. Cela peut aider, mais il faut également une gestion des affaires agressive de la part du Tribunal. Par exemple, une affaire récente, mettant en jeu Air Canada, a été ajournée pendant six mois sans qu'aucune raison ne soit donnée. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:30]

J'exhorte le Tribunal à conserver un pouvoir discrétionnaire large et souple pour la gestion des cas, dans l'intérêt tant des parties que du public. Je m'inquiète de voir que des membres du Tribunal ont tendance à penser — et les règles vont dans ce sens — que cela peut s'accomplir au moyen de modalités fixes, lesquelles concernent essentiellement le moment où certaines pièces devraient être déposées et ainsi de suite. À mon avis, on ne fait que du rafistolage qui ne porte pas vraiment sur la substance. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

À mon avis, le Tribunal de la concurrence gère avec beaucoup d'efficacité sa charge de travail, et les affaires récentes dont il a été saisi en fournissent la preuve. Cela ne veut pas dire que certaines affaires ne s'étireront pas en longueur; en fait, cela va se produire. Dans cette éventualité, je ne crois pas que le Comité devrait entreprendre un débat déchirant sur le processus. C'est dans la nature du contentieux. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

des ordonnances du Tribunal. Les nouvelles procédures visent non seulement à réduire le délai nécessaire pour régler le dossier, mais également à rendre la démarche moins incertaine, ce qui en fin de compte aidera les parties à administrer leurs affaires.

Le Comité félicite le Tribunal pour ses réformes sérieuses et opportunes, et il l'encourage à poursuivre le processus. Toutefois, le Comité tient à préciser que, lorsqu'on songe à imposer des limites au droit d'une partie de faire valoir son point de vue complètement et équitablement, on doit toujours accorder une considération spéciale aux principes établis en matière d'équité et de justice. Par exemple, si l'on restreint le nombre de témoins qu'une partie peut appeler, ou le délai à l'intérieur duquel les parties doivent terminer leur argumentation, on court toujours le risque de créer une injustice réelle ou apparente.

[I]l faut être en mesure de dire aux parties : « Je veux des experts sur cette question-ci et sur cette question-là, et vous feriez mieux de trouver des experts dans ce domaine »; au lieu de dire : « Faites ce que vous voulez, faites ce que vous voulez, et vous pourrez ensuite répondre et vous pourrez répondre aussi ». Dans ce domaine, ce n'est pas de cette façon que l'on traite les affaires. Dans ce domaine, il faut être extrêmement agressif, poussant à la roue dès le premier jour où l'affaire arrive au Tribunal. Le Tribunal peut faire cela sans qu'il soit nécessaire de modifier le processus. Chaque fois que vous avez une modification, cela crée davantage de jurisprudence sur son sens réel. Le cadre est assez bon pour que le Tribunal apporte ces changements. [Stanley Wong, Davis & Company, 59:12:20]

Le Comité a évalué plusieurs options pour remédier aux lacunes perçues dans les façons de procéder du Tribunal. Par exemple, nous pourrions recommander que le gouvernement modifie la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* de façon à imposer des limites procédurales aux travaux du Tribunal; ou nous pourrions recommander que le gouvernement modifie la *Loi* afin d'exiger que le Tribunal lui-même modifie ses règles afin de créer de telles limites.

Toutefois, le Comité estime que la première option est problématique pour plusieurs raisons. Le Comité n'a ni expérience directe ni expertise particulière de la conduite des travaux du Tribunal. En outre, dans la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, il est clair que le Parlement avait l'intention à l'origine de permettre au Tribunal de déterminer ses propres procédures, ce que ce dernier semble en train de faire de façon active. Pour ces raisons, le Comité ne considère pas qu'il est impératif de s'écarter de ce modèle.

La deuxième option serait d'imposer au Tribunal l'obligation de modifier les règles, tout en lui laissant la latitude de déterminer exactement dans quelle mesure. Mais, encore une fois, il est clair que le Tribunal possède déjà, en vertu de la *Loi*, la compétence nécessaire pour

imposer une procédure de gestion des cas et qu'il examine activement des moyens de le faire.

Finalement, le Comité croit que le Tribunal est le mieux placé pour énoncer les règles régissant son mode de fonctionnement. Pour cette raison, le Comité recommande :

7. **Que le Tribunal de la concurrence, en consultation avec le Comité de liaison Tribunal/Barreau, poursuive son examen continu des procédures afin de créer un régime d'arbitrage capable d'assurer des « résultats justes » rapidement et en temps voulu. L'objectif devrait être de réduire les délais et les coûts pour les parties dans les affaires contestées, tout en prenant dûment en considération les principes d'équité procédurale et d'apparence de la justice.**

[A]u fur et à mesure du renforcement du processus du Tribunal et de l'amélioration du mécanisme d'arbitrage par le biais du Tribunal, nous ne devrions pas en même temps donner au commissaire le pouvoir d'éviter le Tribunal. Je pense que les pouvoirs d'injonction provisoire qui ont été accordés au commissaire dans le contexte des lignes aériennes sont un cas spécial, mais si l'on veut séparer l'enquête de l'arbitrage, alors il faudrait avoir unTtribunal revitalisé. Cela ne sert à rien de conférer en même temps au commissaire des pouvoirs qui lui permettent d'éviter le Tribunal. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:12:30]

Équilibrer les facteurs incitatifs :
Dommages-intérêts, frais de contentieux et amendes

L'indemnisation que peut recevoir un requérant éventuel est un facteur d'importance critique lorsque vient le moment de décider d'introduire une instance devant le Tribunal. Avec l'adoption du projet de loi C-23, le droit d'intenter une action privée devant le Tribunal existera dans une certaine mesure, mais ce texte de loi est de toute évidence conçu davantage pour décourager plutôt qu'encourager un requérant à entamer des poursuites à titre privé. L'absence de recours en dommages-intérêts est l'élément dissuasif le plus évident. Si l'on refuse au demandeur ce qui, dans la plupart des affaires civiles, constituerait la mesure de redressement la plus importante, on peut raisonnablement s'attendre à ce que cela ait une incidence sur la décision d'aller ou non de l'avant avec une requête; autrement dit, est-ce que la solution (une ordonnance) vaut le temps, les efforts et les frais consentis? La possibilité de devoir verser des dommages-intérêts constitue aussi un important facteur dissuasif pour les comportements anticoncurrentiels. À l'heure actuelle, la seule mesure dont peut profiter le requérant est une ordonnance du Tribunal, c'est-à-dire une ordonnance de cesser et de s'abstenir, ou, dans certains cas, une

Je crois que des sanctions administratives et des dommages-intérêts sont des éléments nécessaires pour améliorer l'efficacité de la Loi. À l'heure actuelle, l'abus de position dominante peut s'interpréter comme suit : faites-le jusqu'à ce qu'on vous dise de ne plus le faire. Et quel en est le coût? Le conseil que nous devons donner est que ce n'est pas illégal jusqu'à ce que le Tribunal en décide autrement. Bien entendu, les clients peuvent lire la même chose, c'est-à-dire, faites-le jusqu'à ce qu'on vous dise non. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:09:35]

ordonnance de cession d'actifs. Mais il ne peut réclamer de dommages-intérêts.

Partout dans le monde, le droit de poursuivre en dommages-intérêts est un droit fondamental accordé aux demandeurs dans des poursuites au civil. Il est injuste que les requérants devant le Tribunal se voient refuser un droit fondamental de tout autre plaideur, c'est-à-dire celui de réclamer la restitution des pertes subies du fait du comportement anticoncurrentiel d'une autre personne. La justification prétendue de cette politique est que la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts provoquerait une avalanche de litiges comme cela s'est produit aux États-Unis, ainsi que le départ du Canada d'entreprises devant consacrer des sommes énormes à se défendre contre des poursuites vexatoires.

Mais à moins de disposer de sanctions importantes, ces dispositions ne font peur à personne. Nous intentons simplement une poursuite, et la poursuite peut elle-même devenir un outil pour faire traîner les choses en longueur jusqu'à ce que le dommage soit fait et que le compétiteur disparaisse du paysage. Dans ces conditions, seule la menace de sanctions importantes aura un véritable effet dissuasif dans notre économie. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:09:35]

Le Comité connaît très bien les nombreuses différences qui existent entre le Canada et les États-Unis pour ce qui est de l'application des règles antitrust, et il est d'avis que ces différences sont si fondamentales qu'il ne sert à rien d'essayer de les comparer. En plus de permettre le versement de triples dommages-intérêts au demandeur qui obtient gain de cause, la formule américaine prévoit d'autres mesures qui encouragent l'introduction d'instances, par exemple des procès devant jury au civil et l'attribution des dépens, qui favorisent dans la grande majorité des cas le demandeur. Pour cette raison, le Comité est fermement convaincu qu'il n'y a aucun fondement à l'argument selon lequel la création d'un droit à des dommages-intérêts dans les procédures du Tribunal aurait une incidence néfaste sur le climat des affaires. De fait, c'est le contraire qui pourrait se produire. La création d'un système où toutes les personnes et entreprises sont en mesure de protéger leurs droits et intérêts économiques aurait plutôt tendance à attirer l'investissement qu'à l'éloigner. Cette conclusion est corroborée par l'expérience des États-Unis où, malgré qu'on y trouve le régime antitrust le plus litigieux du monde, les investissements continuent d'affluer dans le secteur commercial, davantage que partout ailleurs dans le monde.

Il devrait y avoir des sanctions administratives et des dommages-intérêts pour les parties lésées. Sans cela, le texte de loi est inefficace pour ce qui est de mettre au jour d'importantes questions susceptibles d'examen. Si vous réussissez à évincer une entreprise du marché aujourd'hui, tout ce qu'on vous dira, c'est que vous n'auriez pas dû le faire. Ce n'est pas une mesure dissuasive suffisante. Si vous abusez de votre position dominante dans le pays, on devrait vous obliger à payer des dommages-intérêts à la partie lésée, à assumer les frais de l'instance et à verser une amende parce que vous avez nui à l'intérêt public. Nous avons besoin de ces moyens coercitifs. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:10:45]

Du reste, l'argument n'est pas confirmé par l'expérience des tribunaux civils ordinaires au Canada. Nos tribunaux accordent constamment des dommages-intérêts dans des causes civiles et il n'y a absolument aucune raison de croire que la disponibilité de ce recours a entraîné une

avalanche de litiges stratégiques à ce niveau. Pour la même raison, rien ne laisse croire que le fait d'autoriser les requérants à réclamer des dommages-intérêts devant le Tribunal augmenterait considérablement les litiges, en particulier si l'action donne lieu à une « simple réparation », correspondant à la perte véritable et prouvable. La menace de litiges stratégiques serait également écartée par les nouvelles règles du Tribunal concernant les frais ainsi que par son pouvoir de rendre des jugements sommaires et de refuser l'autorisation de présenter une demande.

Le Tribunal est formé de membres très expérimentés de la magistrature et d'experts en économie, qui ont certainement les compétences nécessaires pour évaluer des dommages-intérêts. Le Comité ne recommande aucunement les triples dommages-intérêts que peuvent réclamer les plaideurs aux États-Unis et qui seraient à l'origine de l'énorme croissance de l'industrie des procès antitrust dans ce pays.

Jusqu'à ce qu'on autorise les dommages-intérêts en vertu de la *Loi sur la concurrence*, il est probable que l'équilibre des facteurs d'incitation et de dissuasion ne pourra être optimal. Il est probable que certaines causes valables ne se matérialiseront pas à cause de l'impossibilité d'obtenir une telle compensation. Ces requérants potentiels décideront simplement que les mesures injonctives limitées que peut prendre le Tribunal ne compensent tout simplement pas les coûts élevés qu'implique une procédure. Par conséquent, du point de vue du requérant, il est amplement justifié de créer un droit de poursuite en dommages-intérêts.

Par ailleurs, les dommages-intérêts constitueraient un excellent agent dissuasif. La possibilité de devoir payer des dommages-intérêts créerait certainement pour les entreprises dominantes une motivation supplémentaire à s'abstenir de pratiques anticoncurrentielles, le coût éventuel d'un tel comportement s'en trouvant haussé. Bien entendu, si la *Loi* était davantage respectée, le contribuable canadien économiserait les dépenses liées au fait que le Bureau est seul responsable de la faire exécuter. À l'heure actuelle, une entreprise en position de dominance n'a guère d'incitation à ne pas abuser de son emprise. Elle sait que le pire qui peut lui arriver, à la fin de l'instance, est de faire l'objet d'une ordonnance de cessation de son

Comme nous avons pu l'observer à l'époque des grands cartels, même une amende de 10 millions de dollars peut être insuffisante. Je sais que lorsque j'étais au Bureau de la concurrence, dans un cas particulier, nous avions calculé que les prix excessifs atteignaient les centaines de millions de dollars, ce qui fait que même une amende de 10 millions de dollars n'aurait représenté qu'une fraction des profits. Si l'on introduit une sanction administrative pécuniaire pour abus de situation dominante, je pense qu'on voudra en fait donner au Tribunal le plus de latitude possible afin qu'il impose une peine à sa discrétion. Il pourra ainsi la fixer à n'importe quel niveau. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:10:55]

Historiquement, la législation antitrust du Canada a surtout été axée sur l'intérêt du public au chapitre de la concurrence, plutôt que sur les intérêts privés des compétiteurs à titre individuel. Si l'on modifie la loi [...] de façon à donner à un plaideur le droit d'obtenir des dommanges-intérêts, je crois que cela aurait des répercussions très profondes [...] Je pense qu'inévitablement, le Tribunal finirait par devenir une cour comme une autre, sauf qu'il s'agirait d'une cour spécialisée. Il faut donc bien examiner s'il est dans l'intérêt du public de faire évoluer la loi dans cette direction. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:55]

J'estime qu'il peut être très utile d'examiner d'autres modèles de gestion de l'instance lorsqu'un juge est chargé non seulement d'établir le calendrier des audiences, mais de déterminer les questions qui seront entendues par le Tribunal. Je crois que nous en avons un très bon exemple dans la liste commerciale qui existe à Toronto [...] Il y a des juges, en moyenne six à la fois, qui sont assignés à la liste — trois membres relativement permanents, et trois membres qui font un roulement tous les six mois. Un protocole particulier est prévu pour traiter des litiges commerciaux, de même qu'un système très serré de gestion de l'instance, selon lequel un juge non seulement gère les audiences préalables au procès, si on peut dire, mais aussi oblige les parties à recourir aux méthodes de médiation, habituellement avant l'étape du procès. [...] La gestion efficace de l'instance par un juge [...] serait effectivement utile pour nos procédures devant le Tribunal. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:09:25]

Je pense qu'il est nécessaire d'examiner de façon exhaustive ce que nous voulons faire [...] En vertu du projet de loi C-23, il y a maintenant une amende de 15 millions de dollars dans la situation du transport aérien. Je pense qu'on va trop vite. Je sais qu'il y a toutes sortes de considérations politiques à prendre en compte, mais [...] il faut examiner de manière plus générale les principes qu'on veut inscrire dans la loi relativement aux pratiques susceptibles d'examen [...] Il ne s'agit pas de déterminer ce qu'on peut faire pour arrêter les grandes entreprises. Une fois que ces sanctions seront en place, elles s'appliqueront également aux petites entreprises. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:10:15]

comportement anticoncurrentiel, et peut-être de devoir payer une partie des frais juridiques du requérant. Elle n'aura pas à verser des dommages-intérêts, peu importe les sommes que sa ou ses victimes pourront avoir perdu. Il suffit de comparer cela aux énormes profits que l'entreprise abusive peut réaliser pendant que la cause est devant le Tribunal. L'absence de dommages-intérêts constitue pour elle une incitation très forte à prolonger le litige; ce faisant, elle fait bien entendu augmenter quelque peu ses propres frais juridiques, mais elle n'accentue pas sa vulnérabilité du point de vue des dommages-intérêts. Entre temps, la victime de sa conduite continuera de subir des pertes (et sera de plus en plus pressée d'arriver à un règlement), tandis qu'elle-même continuera de toucher ses profits mal acquis sans s'inquiéter de devoir un jour payer.

Avec l'adoption du projet de loi C-23, le Tribunal aura maintenant la possibilité d'adjuger les dépens au plaideur qui obtient gain de cause. On s'attend à ce que cette disposition ait également une incidence sur la décision d'un éventuel requérant d'aller de l'avant, bien qu'on ne puisse considérer qu'il s'agit là d'une forte incitation dans un sens ou dans l'autre. En effet, l'éventualité de devoir assumer les dépens d'un défendeur victorieux aurait tendance à dissuader un requérant qui n'est pas fermement convaincu du bien-fondé de sa requête, tout comme, à n'en point douter, la perspective d'un recouvrement des frais aurait tendance à l'encourager. Qui plus est, on prévoit que dans certains cas, à tout le moins, le Tribunal ne fera pas droit à une demande de permission de présenter une demande en vertu des articles 75 et 77, ce qui peut également dissuader un demandeur d'engager une démarche.

Le Comité a aussi constaté que les témoins étaient fortement en faveur d'autoriser le Tribunal à imposer des sanctions administratives pécuniaires afin de décourager davantage les comportements anticoncurrentiels flagrants. La menace des dommages-intérêts constitue certainement un élément dissuasif efficace, mais l'imposition d'amendes serait un remède additionnel utile : 1) dans les situations où le versement de dommages-intérêts à lui seul ne serait pas suffisant; 2) si les victimes du comportement en question ne pouvaient être facilement identifiées, par exemple en cas de perte répartie parmi un grand nombre de consommateurs; 3) ou si la perte de chacun était trop minime pour que

l'attribution de dommages-intérêts soit une solution efficace.

[...] si nous adoptons une approche holistique et réfléchissons aux structures institutionnelles et aux incitations mises en place [...] cela atténuera largement les problèmes de coût. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:25]

Afin d'être efficaces, les sanctions administratives doivent être suffisamment lourdes pour décourager les pratiques anticoncurrentielles. De fait, pour prévenir un tel comportement à l'avenir, la sanction doit être supérieure aux profits que l'entreprise abusive peut réaliser grâce à son comportement anticoncurrentiel. C'est pourquoi il ne devrait pas y avoir de plafond à l'amende éventuelle que le Tribunal peut imposer. Ce dernier devrait avoir toute la latitude voulue à cet égard, compte tenu des profits réalisés par la partie abusive et des autres facteurs qu'il juge pertinents dans les circonstances particulières de l'espèce.

En conséquence, la *Loi* doit instituer une combinaison optimale de mesures incitant à son observation et favorisant la matérialisation des causes valables. Deux options ont été présentées au Comité :

Le Parlement devrait se demander quelle part des ressources publiques il peut se permettre de répartir parmi de nombreux objectifs tout à fait louables pour ce genre de dossier. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

1. Que le gouvernement modifie la *Loi sur la concurrence* afin de permettre au Tribunal, outre les autres recours dont il dispose dans des poursuites au civil, d'ordonner d'indemniser une partie au moyen de dommages-intérêts et d'imposer des sanctions administratives pécuniaires en vertu de l'article 79, afin de décourager les pratiques anticoncurrentielles et de favoriser le règlement juste et rapide des instances dont il est saisi.

2. Attendre de voir quel sera l'impact des réformes du projet de loi C-23 (c'est-à-dire le droit privé d'accès, les renvois) sur le fonctionnement du Tribunal et ses procédures.

On ne peut dire avec certitude si la création du nouveau droit d'accès privé ainsi que les nouvelles procédures du Bureau concernant les renvois et les jugements sommaires produiront effectivement le résultat escompté d'encourager les litiges constructifs. Le Comité n'est pas convaincu que ces réformes limitées permettront à elles seules d'établir un juste équilibre. Pour cette raison, le Comité recommande :

Il nous faut tout simplement ouvrir la possibilité d'actions privées, incluant possiblement des dommages ou en tout cas le remboursement des coûts occasionnés par certains de ces autres délits. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:12:45]

8. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* de façon à étendre les droits privés d'action aux situations d'abus de position dominante (article 79) ainsi qu'à autoriser le Tribunal à accorder des dommages-intérêts dans les actions intentées à titre privé (articles 75, 77 et 79).

[N]ous devrions donc nous concentrer [...] sur la question de savoir quels sont les instruments légaux justes et économiquement indiqués, et la jurisprudence devrait découler de là. [Neil Campbell, McMillan Binch 59:12:15]

Jurisprudence — Encourager les causes légitimes

Il y a un vaste consensus parmi les témoins sur le fait qu'il n'y a tout simplement pas assez d'affaires soumises au Tribunal. Cela ne revient pas à dire qu'il faut encourager les litiges comme une fin en soi; toutefois, le fait de porter des causes devant le Tribunal aura pour effet, au fil du temps, de développer une interprétation judiciaire qui servira à clarifier le sens de la *Loi* ainsi qu'à améliorer son observation et son exécution. Le défi des législateurs est d'établir un système grâce auquel les causes légitimes seront portées devant le Tribunal. Parallèlement, il faut prendre garde de ne pas encourager les litiges à caractère frivole, vexatoire ou stratégique.

Pourquoi voudriez-vous présenter une demande au Tribunal en tant que plaideur privé si vous pouvez convaincre le commissaire de présenter une demande ex parte *afin d'empêcher votre compétiteur de mener son activité au sein du marché? Pourquoi dépenser son propre argent lorsqu'on peut dépenser les deniers publics [...]?* [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:09:45]

Le Comité est convaincu que les nouveaux pouvoirs du Tribunal institués par le projet de loi C-23 sont bien conçus de manière à écarter les litiges futiles. Toutefois, il est loin d'être évident que les réformes constitueront une incitation suffisante à soumettre au Tribunal les affaires bien fondées.

Il ne fait guère de doute que de nombreux conflits pourront être réglés grâce au nouveau pouvoir du Tribunal d'entendre des renvois[12]. En même temps, il est raisonnable d'anticiper que certaines affaires seront réglées par voie

12 Le Tribunal pourra entendre toute question de droit, question mixte de droit et de fait ou question de compétence, de pratique ou de procédure liée à l'application ou à l'interprétation des parties VII.1 (*Pratiques commerciales trompeuses*) ou VIII (*Affaires que le Tribunal peut examiner*), qu'une demande ait été présentée ou non en vertu de l'une de ces parties. De même, le commissaire peut, de son propre chef, soumettre au Tribunal toute question de droit, de compétence, de pratique ou de procédure (mais non une question mixte de droit et de fait) liée à l'application ou à l'interprétation des parties VII.1, VIII ou IX (transactions devant faire l'objet d'un avis, c'est-à-dire les fusions).

sommaire en vertu des nouveaux pouvoirs de jugement sommaire du Tribunal. Les affaires manifestement dénuées de fondement seront « tuées dans l'œuf » grâce au droit du Tribunal de refuser la permission de présenter une demande.

Le Parlement a érigé autour de ce droit d'accès du public un certain nombre de barrières [...] et il reste à voir si la méthode est applicable et sera utilisée [...] Je ne vois pas trop ce qui pourrait inciter un plaideur privé à aller de l'avant. [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

Le Comité s'attend à ce que le nouveau droit d'accès privé à l'arbitrage des différends en vertu des articles 75 et 77 créé par le projet de loi C-23 ajoute à la charge de travail du Tribunal, car des particuliers voudront obtenir sa protection lorsqu'ils estiment faire l'objet de pratiques commerciales anticoncurrentielles. Toutefois, étant donné qu'il n'est pas possible de réclamer des dommages-intérêts, le Comité ne s'attend pas à l'avalanche de litiges que certains opposants à l'accès privé ont prédite. On prévoit néanmoins — de fait, on espère — que les parties prenantes utiliseront le texte de loi de bonne foi afin d'affirmer leurs droits devant le Tribunal, de protéger leurs droits civils et, de façon plus générale, d'assurer une saine compétition.

Une décision motivée est avantageuse pour tout le monde. Non seulement est-ce à l'avantage du plaignant, mais c'est également utile au public qui comprend ainsi comment le Bureau applique la loi dans une situation donnée. Le fait de voir ce que le Bureau a fait ou n'a pas fait est un garant de transparence. [Neil Campbell, McMillan Binch 59:11:25]

Au sujet des renvois, le Comité a entendu plusieurs critiques du projet de loi C-23. Celui-ci stipule que le commissaire, de son propre chef, ou les deux parties d'un commun accord, peuvent soumettre au Tribunal toute question de droit, question mixte de droit et de fait ou question de compétence, de pratique ou de procédure. Le commissaire peut, de son propre chef, soumettre ces questions au Tribunal (sauf une question mixte de droit et de fait), alors qu'une partie intimée ne le peut pas. Ne trouvant aucune justification convaincante pour cette iniquité apparente, le Comité recommande:

Dans le contexte d'actions privées, les parties ont la liberté de dépenser autant d'argent qu'elles le veulent pour défendre leurs intérêts, alors il y a une concurrence naturelle à ce niveau-là. Une partie de la résistance du Bureau à l'idée de la multiplication des affaires est attribuable au montant d'argent que celles-ci consomment. Le processus devient ainsi un genre de perle qui n'a pas de prix affiché. [Jack Quinn, Blake, Castles & Graydon, 59:12:30]

9. **Que le gouvernement du Canada modifie l'article 124.2 de la *Loi sur la concurrence* pour qu'une partie à une affaire contestée aux termes des parties VII.1 ou VIII puisse soumettre au Tribunal toute question de droit, de compétence, de pratique ou de procédure liée à l'application ou à l'interprétation de l'une ou l'autre de ces parties.**

Ressources du Tribunal

Je pense qu'on appuie généralement l'idée que les instances du Tribunal ne prennent pas plus de six mois du début à la fin, y compris une période de quatre mois pour rendre la décision et deux mois pour la rédiger. Mon sentiment est que le Tribunal lui-même est prédisposé à le faire et qu'il a de toute évidence besoin de la coopération des parties ainsi que de ressources suffisantes. Je crois comprendre que, par le passé, l'un des problèmes liés aux retards était que les ressources juridiques étaient insuffisantes. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:25]

Le Comité n'a pas entendu beaucoup de témoignages sur le caractère adéquat ou non des ressources du Tribunal. Toutefois, certains témoins ont signalé une pénurie d'économistes dans certains cas, ce qui aurait entraîné des retards dans le traitement de dossiers. Nous prévoyons qu'une augmentation du budget actuel du Tribunal puisse être nécessaire afin de traiter les affaires soumises par des parties privées après l'adoption du projet de loi C-23. On ne peut cependant déterminer l'ampleur de cette augmentation. Parallèlement, il est possible que le pouvoir de rendre des jugements sommaires et d'entendre des renvois donne lieu à un plus grand nombre de règlements des différends sans qu'une audience complète ne soit nécessaire, d'où une possible économie de ressources.

Quoi qu'il en soit, le Comité est d'avis que le Tribunal lui-même est le mieux placé pour déterminer ses besoins en ressources et qu'on peut régler cette question au moyen du processus budgétaire actuel. Pour cette raison, le Comité ne croit pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le budget actuel du Tribunal est suffisant. Le Comité a l'intention de suivre les opérations du Tribunal dans le cadre de la surveillance qu'il exerce sur le fonctionnement de la législation canadienne en matière de concurrence.

Je ne pense pas que lui jeter davantage d'argent vienne régler le problème. Si nous conservions le modèle que nous avons aujourd'hui [...] vous pourriez avoir une situation comme l'affaire de Superior Propane où le commissaire peut diriger dix économistes en tant qu'experts. [...] Je pense qu'il nous faut changer ce processus, sans quoi la quantité de ressources dont nous disposons à cette fin l'emportera [...] sur ce que le contribuable moyen considérerait comme étant un budget raisonnable, étant donné les objectifs très louables en matière de politique gouvernementale qui se font concurrence. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:12:35]

La *Loi sur le Tribunal de la concurrence*

On a fait valoir au Comité que le paragraphe 12(1) de la *Loi*, dans son libellé actuel, ne reflète pas les pratiques du Tribunal. Cet article stipule que les questions de droit ne peuvent être résolues que par les membres juristes, alors que les questions mixtes de droit et de fait peuvent l'être tant par les juristes que par les autres membres.

Distinguer entre les questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait présente souvent des difficultés, en particulier dans un régime législatif déterminé par l'économie et les forces du marché. En pratique, le Tribunal n'empêche pas les autres membres d'exprimer leur point de vue sur les questions de droit. De fait, dans un cas

particulier, la Cour d'appel a confirmé l'opinion dissidente d'un membre non juriste sur une question relevant de la compétence du Tribunal.

À mon avis, un élément qui ajouterait énormément de transparence, en particulier dans le cas des fusions, serait de modifier le pouvoir de renvoi qui existe dans le projet de loi C-23 de façon à permettre au défendeur, lorsqu'un tel cas examiné par le Tribunal, de demander à celui-ci de rendre une décision sur un point sommaire. [...] Si le défendeur [...] pouvait se présenter au Tribunal et dire « ceci dépasse le mandat du commissaire dans les circonstances actuelles et vous devez prendre des mesures en conséquence », cela aurait un effet sain et disciplinaire sur l'exercice de la discrétion [...] [John Rook, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:10:45]

Le Comité croit qu'il n'y a aucune raison impérieuse de maintenir la distinction artificielle et quelque peu encombrante entre les questions de fait et les questions de droit, ou les questions mixtes de fait et de droit, dans les procédures du Tribunal. En conséquence, le Comité recommande :

10. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 12 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* pour que tous les membres qui instruisent une affaire puissent se prononcer sur les questions de droit.

Droit automatique d'appel

L'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* crée un droit automatique d'appel[13] de toute décision ou ordonnance du Tribunal, y compris les ordonnances provisoires[14]. Il existe cependant une exception à ce droit automatique : un appel d'une question de fait seulement ne peut être interjeté qu'avec la permission de la Cour. Cette formule reflète un principe qu'il est convenu d'appeler la retenue judiciaire. L'idée qui le sous-tend est que le Tribunal, avec son expertise spécialisée et l'audition complète de la preuve, est mieux placé que la Cour d'appel pour établir les faits à partir d'éléments de preuve. Mais devrait-on étendre également aux questions de droit le principe de la retenue?

Les membres juristes ont le droit exclusif de décider des questions de droit, après quoi toutes les autres questions sont décidées par l'ensemble du groupe. [...] Il est peu commode pour le Tribunal de fonctionner de cette façon [...] en réalité, les membres du Tribunal étudient probablement toutes les questions ensemble. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

Les membres juristes du Tribunal sont des juges de la Cour fédérale. Il est évident pour le Comité qu'avec une telle somme d'expérience et de connaissances juridiques, le Tribunal est extrêmement compétent dans les questions de droit. De plus, il a été clairement démontré que les membres non juristes du Tribunal pouvaient faire des observations judicieuses, et le font, sur des questions de droit. Pour cette raison, le Comité croit que le principe de la

---

13 Devant la Section d'appel de la Cour fédérale.

14 Toutefois, les ordonnances provisoires prévues à l'article 103.3 (projet de loi C-23) ne seraient pas sujettes à révision.

À l'heure actuelle, il existe un droit automatique d'appel, sauf à l'égard des questions de fait. Je ne connais aucun avocat habile qui ne puisse à tout le moins trouver une question mixte de fait et de droit pour interjeter appel. Je crois que cela retarde inutilement le processus d'arbitrage étant donné que le Tribunal est censé être une cour spécialisée. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

Il ne sert à rien que le processus d'appel soit aussi long surtout dans le cas des fusions étant donné que cela n'empêche pas les fusions de se réaliser. En fait, on n'a jamais reporté une fusion pendant un appel. [Stanley Wong, Davis & Company, 65:09:15]

retenue judiciaire devrait s'appliquer au Tribunal non seulement pour les questions de fait, mais également pour les questions de droit d'application générale et de droit particulier aux dossiers de concurrence.

Il importe de préciser que l'obligation faite à une partie d'obtenir la permission d'en appeler ne la prive pas de son droit d'appel. Cela implique simplement que l'appelant doit d'abord convaincre la Cour d'appel du bien-fondé de sa démarche. Si elle considère que l'appel n'est pas fondé, la Cour peut rejeter la demande de façon sommaire, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une instance complète d'appel. De cette manière, on pourrait abréger de nombreuses instances sans sacrifier les principes d'équité procédurale. Par conséquent, le Comité recommande :

11. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* pour exiger qu'on ne puisse interjeter appel de toute ordonnance ou décision du Tribunal qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale.

CHAPITRE 4 : COMPLOTS ET AUTRES ENTENTES HORIZONTALES

Le continuum organisationnel

La coopération entre concurrents est une arme à double tranchant. Certes, elle peut offrir des possibilités d'avantages économiques, mais l'amoindrissement de la compétitivité qu'elle peut entraîner a aussi un prix. Les avantages économiques tiennent à la synergie qui résulte du rapprochement de personnes et d'organisations aux compétences et aux ressources diverses. Ce type de coopération peut en particulier : 1) aboutir à des procédés de fabrication nouveaux et moins coûteux; 2) faciliter la réalisation d'économies d'échelle et de gamme ; et 3) entraîner une rationalisation de l'affectation des ressources ou une amélioration de la qualité des produits. Un exemple typique dans l'économie du savoir contemporaine se produit quand deux entreprises ou plus combinent leurs ressources en recherche, en développement et en commercialisation pour réduire le temps nécessaire — et le degré de risque — à l'élaboration et à la mise en marché de nouveaux produits. D'un point de vue social, cet arrangement présenterait l'avantage de minimiser voire d'éviter les doubles emplois au niveau du travail et des installations. Malheureusement, ces avantages sont parfois associés à une entente de partage du marché ou d'établissement concerté des prix nécessaires pour rendre ce type de coopération profitable. Cela peut se solder à des degrés divers par des approvisionnements limités, des prix plus élevés, une gamme de produits moins vaste ou une qualité non optimale. Il faut donc tenir compte d'un ensemble complexe de facteurs économiques pour tirer des conclusions définitives sur les répercussions ultimes de ce type de coopération.

Dans de nombreux cas, une alliance stratégique n'est rien d'autre qu'un arrangement contractuel similaire à une fusion. Elle peut être dictée par des considérations fiscales qui la font préférer à un arrangement contractuel. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

Il est également raisonnable de réfléchir à ces arrangements entre sociétés qui ne sont pas tout à fait des fusions mais ne sont pas un comportement collusoire injustifiable, comme c'est le cas de beaucoup d'alliances stratégiques et de coentreprises. Il y a l'exemple ... d'une coentreprise établie pour la mise au point d'un vaccin. Nombre de ces arrangements sont merveilleusement efficients, d'une part, mais posent néanmoins des difficultés sur le plan de la concurrence, d'autre part. Il faut, dans leur cas, une évaluation plus nuancée, plus libérale, comme celle à laquelle les fusions sont soumises. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:09:30]

Il faut savoir que ce type de coopération peut prendre plusieurs formes. Elle peut procéder purement par contrat ou purement par combinaison ou se situer quelque part entre ces deux pôles. Par souci de simplicité, le Comité englobe les divers types de relations commerciales

le long de ce continuum organisationnel dans l'expression « alliances stratégiques [15] ». Ce type d'intégration peut être comparer avec celle qui découle d'une fusion ou de l'acquisition d'actifs ou de capacités.

Il existe de nombreuses ententes qui ont un effet sur les prix ou sur les clients par voie de conséquence, mais qui ne sont pas des accords de fixation des prix en tant que tels. Si vous vous limitez à interdire les accords destinés à fixer des prix, c'est-à-dire des accords dont le but est de fixer des prix, par opposition à des accords qui ont incidemment un effet sur les prix, alors vous approcherez beaucoup plus des comportements véritablement criminels. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

Lorsqu'elle ne fait que masquer un cartel, la coopération entre concurrents inquiète non seulement parce qu'elle redistribue clandestinement les recettes (des acheteurs aux vendeurs), ce qui équivaut à une fraude, mais parce qu'elle réduit l'efficience économique, car les ressources sont mal employées. Ce genre de monopolisation, parce qu'elle fait obstacle au bien-être économique, est considéré comme un crime contre la société. Cependant, dans un examen approfondi des effets sur la concurrence, les deux types de coopération, fusion et alliance stratégique, recevraient un traitement similaire, car ni l'un ni l'autre ne peut être considéré a priori comme favorable à la concurrence ou comme néfaste pour celle-ci.

Il est assez étrange que deux entreprises ou concurrents qui fusionnent font l'objet d'un examen au civil, où ils peuvent expliquer les gains d'efficience et où leur proposition fait l'objet d'une analyse coûts-bénéfices, alors que si elles ne vont pas jusqu'à la fusion, le droit pénal leur est appliqué et leurs responsables sont passibles de prison et d'amendes. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:09:25]

Théoriquement, une alliance stratégique qui ne constitue pas ce que les spécialistes considèrent comme un véritable cartel peut être traitée pénalement ou civilement dans la *Loi sur la concurrence* du Canada, même si elle est en fait propice à la concurrence et ne restreint celle-ci que d'une façon accessoire. L'application de la *Loi* peut se faire par le truchement d'un procès pénal, aux termes de la disposition sur les complots (article 45) ou d'un procès civil, aux termes des dispositions sur la domination conjointe (article 79) ou sur les fusionnements (article 92). L'incertitude plane sur la voie à suivre, mais une alliance stratégique ne répondrait à l'idéal d'égalité des chances par rapport à une fusion que si elle passait avec succès un examen aux termes des articles 92 à 96. Malheureusement, comme beaucoup de témoins l'ont dit au Comité, une alliance stratégique pourrait par inadvertance faire l'objet des dispositions de l'article 45 alors que le droit pénal n'est pas particulièrement approprié pour juger ce type d'entente. En effet, le recours

15 Les entreprises préfèrent constituer des alliances stratégiques, généralement sous la forme d'entreprises conjointes, ce qui suppose une intégration moins poussée que dans un fusionnement en bonne et due forme. Ces ententes horizontales prévoient en général des arrangements formels en matière d'approvisionnement, l'accès à des technologies et à des savoir-faire spécialisés, à des canaux de distribution et à des clientèles (surtout à l'étranger, là où il existe des barrières au commerce), à des capitaux, à un partage des risques ou encore à une collaboration en matière de recherche et de développement.

à l'article 45 présente les carences suivantes :

- au pénal, les tribunaux ne possèdent pas les connaissances spécialisées nécessaires;
- les considérations structurelles (parts de marché ou concentration) ont tendance à y dominer l'analyse, qui est plutôt limitée;
- les efficiences et l'innovation ne sont aucunement prises en considération;
- les sanctions se limitent à des amendes, car il n'existe pas de solutions mettant en jeu les comportements.

Je ne pense pas que le bulletin sur les alliances stratégiques ait donné aux milieux d'affaires les assurances qu'ils recherchaient, car il apparaît très clairement qu'il y a un risque d'une application simultanée des dispositions sur les fusions et aussi, potentiellement, des dispositions pénales de l'article 45 et même des dispositions sur la domination conjointe. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:20]

La situation a pour effet de « refroidir » l'ardeur des gens d'affaires qui envisageraient une alliance stratégique favorable à la concurrence et le Comité a l'intention de remédier au problème. Il entend du même coup étudier les facteurs qui expliquent les problèmes de ciblage des dispositions sur les complots et corriger la situation.

Historique du traitement légal des complots

L'interdiction des ententes horizontales (entre concurrents sur le marché d'un même produit) pour fixer les prix, répartir les marchés ou restreindre l'accès d'autres concurrents est l'un des pivots de la loi canadienne antitrust depuis 1889. Pendant la majeure partie de l'existence de cette loi cependant, l'interdiction est demeurée sans effet en raison de la présence du terme « unlawful » et de l'absence d'un organe permanent d'enquête et d'application de la loi. Entre la *Loi des enquêtes sur les coalitions* de 1923 et l'adoption de la *Loi sur la concurrence*, en 1986, l'application de l'interdiction a varié en fonction de l'interprétation juridique qui a été donnée au terme *indûment* dans la partie de la disposition portant sur les effets sur la concurrence au moment d'apprécier les répercussions économiques d'une entente. Au cours de cette période, comme on pourrait s'y attendre, plusieurs tentatives infructueuses ont été faites pour débarrasser la *Loi* de ce terme, afin d'en renforcer l'interdiction. À la suite des arrêts *Aetna Insurance* (1977) et *Atlantic Sugar* (1980) de la Cour suprême, la Couronne a été tenue de prouver que les présumés conspirateurs avaient l'intention à la fois de conclure une entente et de réduire la concurrence *indûment*, une double intention difficile à établir, comme le

Nous n'avons pas rencontré de grands succès avec cette disposition. Étant donné son libellé et la difficulté d'apporter les preuves requises, il est très difficile de l'invoquer contre les ententes injustifiables. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

[...] les 150 millions de dollars d'amendes récemment imposées sont le produit de l'effet de raccrochage. Nous avons perçu 150 millions de dollars d'amendes au Canada après que d'autres pays aient condamné ces cartels internationaux. Nous avons obtenu des plaidoyers de culpabilité grâce à cela, mais ce n'est pas une réussite de notre régime à nous. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:40]

[...] lorsque nous avons analysé les cas au début des années 80, lorsque nous cherchions à décider quoi faire, nous avons constaté que le gouvernement avait perdu plus de causes qu'il n'en avait gagnées parce qu'il ne parvenait pas à faire la preuve. Ce n'est pas qu'il ne pouvait pas prouver le caractère indu; il ne pouvait prouver qu'il y avait effectivement une entente. Or, cela est la pierre angulaire de l'article sur le complot. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:25]

La question du retrait du mot « indûment » de l'article 45, plutôt que d'adopter une approche à deux volets, a déjà été soulevée. La réponse la plus simple, c'est que l'article serait alors trop inclusif. Il engloberait alors de nombreux accords qui sont sans problème. Par exemple, des accords entre un franchiseur et un franchisé pourraient faire l'objet de l'article 45, si on disait simplement tout accord qui restreint indûment la concurrence, la fourniture, la production, etc. [R.W. McCrone, Bureau de la concurrence, 64:09:15]

montre la chute de 90 à 55 % du taux de réussite de la Couronne [16].

La *Loi sur la concurrence* a toutefois renversé ces jugements. Elle prévoit en effet, dans son article 45, que « quiconque complote, se coalise ou conclut un accord ou un arrangement avec une autre personne » pour empêcher ou réduire *indûment* la concurrence commet un acte criminel et est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement. Cette disposition prévoit une défense pour les ententes horizontales visant :

- l'échange de données statistiques, la définition de normes de produits, la définition des tailles ou des formats des contenants et emballages de produits;
- l'échange de renseignements sur le crédit, la R-D, la restriction de la réclame ou de la promotion, les mesures tendant à protéger l'environnement;
- l'adoption du système métrique de poids et mesures.

Il existe en outre des défenses spécifiques pour les consortiums d'exportation et les ententes spécialisées.

Toutefois, les modifications les plus importantes de la *Loi* découlent des paragraphes 45(2.1) et 45(2.2) qui permettent au Tribunal de déduire l'existence d'un complot, d'une association d'intérêts, d'un accord ou d'un arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle; par ailleurs, s'il est nécessaire de prouver que les parties avaient l'intention de participer à cet arrangement et l'ont effectivement fait, il n'est pas nécessaire de prouver que l'arrangement en question était conçu pour réduire *indûment* la concurrence. La jurisprudence est conforme à cette interprétation.

La Cour suprême a, par la suite, donné une interprétation controversée de la signification et des répercussions du mot « indûment » dans sa décision dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Association.* Les tribunaux sont maintenant tenus d'appliquer un critère en deux parties aux ententes de fixation des prix avant de conclure qu'elles entravent « indûment » la concurrence. La

16 William Stanbury, « The New Competition Act and Competition Tribunal Act: Not With A Bang, But A Whimper », *Canadian Business Law Journal*, vol. 12, 1986/87, p. 20.

première partie concerne l'emprise sur le marché et la seconde consiste à vérifier si l'entente a un effet préjudiciable sur la concurrence que l'on peut qualifier d'indu. Ce cadre juridique établit en fait en partie une règle de la raison du fait que les ententes ne seraient pas considérées comme en soi illégales, même celles qui sont des exemples patents de cartel dénué de tout avantage pour la société, et ne seraient pas non plus assujetties à la règle de la raison qui permettrait de peser le pour et le contre du point de vue économique. Une alliance stratégique qui ne porterait atteinte à la concurrence sur le plan des prix que de manière secondaire ferait ainsi l'objet d'un examen approximatif pour déterminer son impact économique.

J'ai été l'un des conseillers spéciaux du Procureur général du Canada dans la poursuite contre les sociétés pharmaceutiques en Nouvelle-Écosse, où nous avons cherché, dans nos interventions auprès de la Cour suprême du Canada au début des années 90, à clarifier la signification de « indûment », de façon à donner une plus grande certitude décisionnelle au public et au Bureau. Et, à mon avis personnel, en dépit de toutes les bonnes intentions, l'article 45 mérite un examen prioritaire. Les raisons [sont que l'] article est à la fois sous-inclusif et sur-inclusif. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:20]

Dans l'état actuel des choses, la Couronne doit établir quatre éléments hors de tout doute raisonnable dans toute affaire relevant de l'article 45 :

1. L'existence d'un complot, d'une association d'intérêts, d'un accord ou d'un arrangement auquel l'accusé est partie.

2. S'ils se concrétisent, le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement auraient vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire *indûment* la concurrence (cela veut dire que le passage aux actes n'est pas nécessaire);

3. L'accusé avait une intention subjective vis-à-vis des deux premiers éléments;

4. L'accusé savait ou aurait dû savoir que l'arrangement aurait pour effet d'empêcher ou de réduire *indûment* la concurrence.

[Le Canada est] le seul pays du monde à exiger un tel niveau d'analyse pour obtenir une condamnation aux termes de l'article 45. La plupart des pays, et je cite l'Europe, les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud et d'autres, ont adopté une approche de condamnation automatique des cartels flagrants, tout en prévoyant un recours en droit civil — et cela a été proposé pour le Canada — à l'égard des alliances stratégiques. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:10]

Un examen de l'application de la *Loi* est révélateur.

Le caractère exécutoire de l'article 45

Les experts du droit de la concurrence sont presque unanimes à affirmer que, tel qu'il est libellé, l'article 45 est difficile à faire exécuter dans un procès contesté même dans le cas de cartels patents. Ils estiment aussi que le critère en deux parties relativement à la structure et au comportement sur le marché offre trop de possibilités de

Il est admis que notre norme de justification est partiellement axée sur la règle de raison, mais elle ne permet aucune prise en compte des gains d'efficience. Or, l'efficience constitue l'un des objectifs du droit de la concurrence et il convient donc d'en tenir compte au moment de déterminer si une action ou un arrangement est condamnable. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

[S]ur les 22 affaires contestées, trois ont abouti à une condamnation. Est-ce que tous les avocats du ministère de la Justice ou ceux engagés à l'extérieur sont incompétents? Non. La norme de preuve est celle du droit pénal. Il faut prouver tous les éléments du dossier au-delà de tout doute raisonnable. Cette norme devrait être maintenue. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:35]

[...] le Bureau de la concurrence a commandé trois études indépendantes [sur les ententes horizontales entre concurrents]. [...] toutes s'accordent sur le fait que les ententes injustifiables— comme la fixation des prix, le partage des marchés et la limitation de la production — devraient constituer une infraction criminelle sans critère lié à la concurrence. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:09:10]

Mais il y a certainement eu des cas où le problème résidait dans l'évaluation du caractère indu de l'amoindrissement de la concurrence. Il s'agit donc de clarifier cela en scindant la Loi en deux volets — un volet pénal, ne comportant pas le mot « indûment » pour la fixation de prix flagrante, les cartels caractérisés, puis un volet civil couvrant les arrangements plus complexes. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:09:25]

contestation de questions économiques sans pertinence dans le cas d'un cartel patent. Les coûts d'exécution sont donc excessifs. Cette opinion étant presque unanime, le Comité ne voit pas l'utilité d'en chercher des preuves. Il se fonde exclusivement sur les données, analyses et conclusions du Bureau[17].

Le Bureau de la concurrence rapporte 51 poursuites en vertu de l'article 45 ou de son prédécesseur entre 1980 et 2000. Dans près de 60 % des cas (29 sur 51), les poursuites ont donné lieu à un plaidoyer de culpabilité. Le taux de déclarations de culpabilité dans les procès contestés est exceptionnellement faible, de l'ordre de 10 à 15 % (3 sur 22). Le Bureau estime que 33 % environ des cas (6 sur 17) se sont soldés par un acquittement ou un non-lieu dès l'audience préliminaire pour manque de preuves attestant l'existence d'un arrangement — le premier élément décrit ci-haut. Près de 65 % des cas (11 sur 17) se sont soldés par un acquittement ou un non-lieu dès l'audience préliminaire pour manque de preuve attestant la réduction de la concurrence — la seconde des conditions citées plus haut — ou l'intention des parties concernées de causer une réduction de la concurrence — les troisième et quatrième conditions. Ces données et analyses montrent que la nécessité d'établir le fondement de l'accusation « hors de tout doute raisonnable » est un obstacle formidable, mais que c'est la notion associée au mot « indûment » qui nuit le plus à l'obtention de déclarations de culpabilité aux termes de l'article 45.

La solution en deux volets : pénal et civil

Le Comité tient à rappeler au lecteur que la politique de concurrence n'a rien à voir avec le fait de gagner ou de perdre des procès. Elle vise à établir un cadre dans lequel les entreprises offriront des produits et services à des prix compétitifs. Nous sommes persuadés que l'article 45 ne devrait s'appliquer qu'à certains types d'arrangements et que la *Loi* actuelle ne donne pas suffisamment d'indications sur ce qui constitue véritablement un acte criminel grave. En

17 Harry Chandler et Robert Jackson, Au-delà de l'amusement et de la détente : *Le traitement des complots en vertu de la Loi sur la concurrence du Canada*, Bureau de la concurrence, http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct01767f.html, mai 2000. Le Comité se fie aux affirmations des auteurs selon lesquels aucun des 51 cas ne constituait une alliance stratégique favorable à la concurrence.

outre, si nous sommes parfaitement conscients de l'impossibilité de rédiger un texte de loi exempt de toute incertitude, la *Loi* ne doit pas pour autant être rédigée de manière si vague qu'elle englobe tous les arrangements horizontaux entre concurrents.

Je ne vois aucune raison pour laquelle on devrait traiter un type d'arrangement horizontal, comme par exemple une fusion, différemment, sur le plan de l'analyse, d'un quelconque autre type d'arrangement horizontal, comme par exemple une alliance stratégique. Je pense que les deux devraient être traités de la même façon. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

Actuellement, l'application de l'article 45 dépend excessivement du pouvoir discrétionnaire de poursuivre, qui peut être exercé différemment selon la personne. Il vaudrait mieux un libellé précis qui établirait une distinction entre les deux formes de coopération — un cartel anticoncurrentiel et une alliance stratégique favorable à la concurrence ou sans effet majeur sur elle. Dans le même ordre d'idées, le Comité ne trouve pas opportun de faire dépendre une responsabilité criminelle — avec les amendes et peines de prison qui y sont associées — de l'évaluation que ferait un tribunal de facteurs économiques complexes comme l'élasticité de la demande par rapport aux prix, les obstacles à l'entrée dans un secteur d'activité donné, l'ampleur des coûts irrécupérables, la vigueur des concurrents courants ou potentiels, la position sur le marché, et ainsi de suite — facteurs dont un tribunal est mal placé pour juger.

Les partisans d'un changement ont réussi à convaincre le Comité. La situation n'a que trop duré. Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* sur les complots doivent être révisées afin de refléter la tendance des entreprises modernes à constituer des alliances stratégiques et des coentreprises, à l'égard desquelles la *Loi* actuelle est trop restrictive tout en étant, en même temps, trop libérale à l'égard des situations qui constituent manifestement une entrave à la concurrence. En conséquence, le Comité recommande :

[V]otre rapport intérimaire laisse entendre que si l'on opte pour l'approche à deux volets, la disposition en matière de comportement criminel proprement dit pourrait être limitée à la fixation des prix et à la restriction de la production. Je vous encouragerais à élargir cette liste pour y inclure la distribution de marchés — et par là j'entends la distribution géographique des marchés et de la clientèle — ainsi que certains types de boycott collectif, par exemple ceux en faveur de collusion ou de l'exclusion du marché de nouveaux entrants. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:45]

12. **Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour traiter les ententes entre concurrents selon une méthode à deux volets. Le premier volet conserverait la disposition concernant les complots (article 45) à l'égard des ententes conclues expressément pour réduire la concurrence, que ce soit directement par une hausse des prix ou indirectement par des restrictions à la production ou le partage de marchés, comme la distribution**

des clients ou des territoires, ou encore le boycott collectif de fournisseurs ou de clients. Le second volet concernerait tous les autres types d'ententes entre concurrents dans lesquelles les entraves à la concurrence sont secondaires à l'objectif principal et général d'une entente.

Lorsqu'on s'attaque à un comportement collusoire caractérisé, la norme doit être respectée, mais il ne faudrait pas avoir à prouver les effets économiques. C'est ce qui se passe dans tous les autres régimes du monde. L'interdiction per se signifie simplement que si je conclus un arrangement de fixation de prix, vous n'êtes pas obligé d'établir qu'il a un effet anticoncurrentiel, avec les frais énormes qu'exige une telle démonstration, laquelle devient le principal enjeu. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:35]

Le volet pénal

Les éléments nécessaires dans une cause contestée concernant l'article 45 doivent refléter fidèlement la pensée économique contemporaine au sujet des complots. Ils ne doivent pas faire perdre du temps inutilement sur des facteurs économiques sans grande importance pour l'arrangement ou le secteur d'activité examiné. Nous pensons que le complot doit constituer en soi un acte criminel et que l'existence d'un complot doit être déterminée sur la base des faits simples et pertinents de l'affaire en cause. En conséquence, le Comité recommande :

Je suis donc fortement en faveur d'une refonte de l'article 45, de façon à restreindre son caractère pénal aux comportements collusoires caractérisés, tels que la fixation de prix, le partage de territoire et de clientèle et la limitation de la production. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

13. Que le gouvernement élimine le terme « indûment » des dispositions sur le complot (article 45) de la *Loi sur la concurrence*.

En créant un acte criminel en soi sans prévoir d'exception, on risquerait d'englober trop de choses sans discrimination, par exemple les arrangements horizontaux autres que ceux d'un cartel. Il faudrait donc prévoir les exceptions. Il faudrait une longue liste pour réduire suffisamment l'incertitude entourant une interdiction spécifique de ce genre, et le Comité estime qu'il vaudrait mieux se fonder sur des principes directeurs. Ceux-ci reposeraient sur les caractéristiques connues des arrangements horizontaux favorables à la concurrence, comme l'existence de facteurs économiques, autres que l'effet de réduction de la concurrence dont il est question, intégrées à l'entente. Ces autres facteurs économiques pourraient comprendre, notamment des gains d'efficience (d'un point de vue technique ou organisationnel) et l'innovation. En conséquence, le Comité recommande :

Il faut donc être prudents. Les États-Unis, comme nous le savons, ont une infraction per se, mais elle n'est pas définie dans la Loi et est laissée à la discrétion des juges. Il faut veiller à ce que les exemptions ne deviennent pas si nombreuses que l'on ne sait plus à quoi l'interdiction s'applique. [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:20]

14. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* par l'adjonction à l'article 45 de dispositions prévoyant des exceptions, par exemple lorsque : 1) la

limitation de la concurrence fait partie intégrante d'une entente plus large qui devrait créer des gains d'efficience ou encourager l'innovation et 2) la limitation de la concurrence est raisonnablement nécessaire pour réaliser ces gains d'efficience ou stimuler l'innovation. L'obligation de prouver les faits hors de tout doute raisonnable pour une telle exception incomberait à ceux qui proposent l'entente.

[L]a création de cette approche double confère une latitude et un pouvoir incroyables au commissaire. Si vous imaginez une situation de complot qui pourrait relever soit de l'une soit de l'autre [...] le commissaire jouirait du pouvoir incroyable de dire, par exemple: « Si vous ne faites pas ce que je souhaite, je vous emmène du côté pénal » [Lawson Hunter, Stikeman Elliott, 59:09:20]

Le Comité estime en outre que l'approche en deux volets à l'égard des ententes horizontales entre concurrents confère une grande latitude au niveau du pouvoir discrétionnaire de poursuivre, quoique moins que dans la *Loi* actuelle. Pour limiter quelque peu la portée de ce pouvoir discrétionnaire, le Comité recommande :

15. **Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* par l'adjonction à l'article 45 d'un paragraphe qui interdirait toute poursuite aux termes du paragraphe 45(1) contre quiconque est l'objet d'une ordonnance demandée en vertu de l'un quelconque des articles portant sur des affaires que le Tribunal peut examiner et s'appliquant essentiellement aux mêmes agissements.**

[I]l se peut que deux sociétés pharmaceutiques doivent collaborer à la mise au point du vaccin et doivent en fixer le prix pendant une courte période afin de récupérer les coûts de recherche. Ce type d'entente serait examinée en tant qu'alliance stratégique et pourrait être exonérée. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:09:15]

Le volet civil

Dans son *Rapport intérimaire*, le Comité avait recommandé que le gouvernement envisage de modifier les dispositions relatives à l'abus de position dominante (article 79) de manière à permettre l'examen au civil des ententes entre concurrents. Cette proposition était peut-être prématurée. Certes, l'article 79 porte sur les cas où plusieurs entreprises commettent un abus de position dominante et pourrait être modifié de manière à englober les ententes horizontales qui appartiennent à cette catégorie, mais nous estimons inopportun de le faire. En effet, ces ententes sont généralement par nature très différentes de celles qui pourraient être considérées comme des pratiques abusives. Autrement dit, une entente envisagée par des concurrents qui a pour effet secondaire de réduire la concurrence est une entente entre alliés; il

Il m'apparaît qu'il serait bon pour l'administration de la justice à l'avenir si l'on pouvait considérer ces arrangements dans la même optique que les fusions, avec toute la panoplie des outils d'analyse économique, comme dans le cas des fusions. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

n'est aucunement question de relation agresseur-victime. Par conséquent, la solution n'est pas nécessairement de modifier l'article 79 pour viser des ententes horizontales qui ne sont pas nécessairement néfastes pour la concurrence, d'autant plus que l'on risquerait ainsi de perdre de l'efficience au niveau des poursuites dans les vrais cas d'abus de position dominante. Il serait plus prudent de se doter de deux mécanismes visant deux types de comportements distincts.

[Notre proposition] met l'accent sur la question de savoir si l'entente constitue essentiellement une fixation de prix ou si l'élément anticoncurrentiel ou la fixation de prix est secondaire à une entente plus large qui, elle-même, ne serait pas contraire à l'article 45. Si l'élément fixation de prix est secondaire, alors l'accord plus général serait soumis à la procédure civile et serait jugé à l'instar d'une fusion.
[Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:09:30]

Le Comité hésite aussi à proposer d'assujettir ces ententes aux dispositions des articles 92 à 96 concernant les fusionnements. Une entente horizontale ne répondrait pas nécessairement à la définition de fusionnement donnée à l'article 91 et aucune raison probante n'impose d'apporter des modifications alors que cela pourrait avoir des conséquences imprévues. Néanmoins, les alliances stratégiques devraient faire l'objet d'un examen analogue à celui des fusionnements. En conséquence, le Comité recommande :

16. Que le gouvernement du Canada modifie la partie de la *Loi sur la concurrence* relevant du droit civil pour y ajouter un article sur l'alliance stratégique prévoyant un examen des ententes horizontales entre concurrents. Cet article prévoirait, dans la mesure du possible, le même traitement que les dispositions d'examen des fusions (articles 92 à 96) et autoriserait le commissaire à la concurrence à renvoyer au Tribunal de la concurrence toute entente qui a ou pourrait avoir pour effet d'empêcher ou d'amoindrir substantiellement la concurrence sur un marché.

[N]ous avons à l'heure actuelle beaucoup de difficulté à comprendre quel est l'objet de la Loi en matière de reconnaissance d'efficience économique. [...] il est quelque peu prématuré d'essayer d'élargir la notion d'efficience à d'autres articles de la Loi [...] tant que nous ne savons pas [...] ce qu'est la vision du Parlement quant à la fonction de l'efficience dans la Loi sur la concurrence.
[Roger Ware, Université Queen's, 59:12:15]

Le Comité estime que cette nouvelle disposition ne devrait s'appliquer qu'aux ententes horizontales entre concurrents, qu'il s'agisse d'acheteurs ou de vendeurs, et non aux ententes verticales entre, par exemple, un acheteur et des vendeurs ou entre un vendeur et des acheteurs. En conséquence, le Comité recommande :

17. Que le gouvernement du Canada fasse en sorte que l'article proposé sur les alliances stratégiques s'inscrivant dans la partie

relevant du droit civil (recommandation n° 16) s'applique aux ententes entre acheteurs et vendeurs concurrents, mais non aux ententes verticales comme celles pouvant faire l'objet d'un examen aux termes des articles 61 et 77 de la *Loi sur la concurrence*.

Abstraction faite de la perspective d'avoir à payer une amende ou de se retrouver en prison, les délinquants potentiels doivent aussi penser que, s'ils sont condamnés, ils pourraient avoir à verser des dommages-intérêts à toute personne ayant subi un préjudice du fait de leurs agissements criminels. Le Comité est conscient du fait que, en soustrayant une pratique à l'application du droit pénal pour la faire relever du droit civil, on perd la possibilité d'accorder des dommages-intérêts aux termes de l'article 36 de la *Loi*. Cela pourrait avoir des conséquences fâcheuses sur la dissuasion et sur l'exécution de la *Loi* puisque cela réduirait le « coût potentiel » des actes illégaux pour leur auteur. Cela ne serait pas le cas, évidemment, si le gouvernement modifiait la *Loi* de manière à habiliter le Tribunal à accorder des dommages-intérêts (comme nous le proposons à la recommandation 8).

En dehors, donc, de ce qui serait le nouveau volet pénal en vertu d'une approche remaniée à deux volets pour les complots, [...] vous voudriez avoir en gros la même disposition en matière d'efficience [...]. Mais la nature de cette disposition en matière d'efficience devrait être différente de celle que nous avons à l'heure actuelle à l'article 96, qui n'a jamais fonctionné en près de dix ans. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

Par contre, on attribue rarement des dommages-intérêts au pénal et il faut donc se garder d'en exagérer l'importance comme facteur de dissuasion. Le Comité estime que, de même qu'il est inopportun de faire relever certaines pratiques relatives aux prix du droit pénal, il est tout aussi inopportun d'associer l'attribution de dommages-intérêts à ce type d'agissement. Si l'on ne permet l'attribution de dommages-intérêts que dans le cas de certaines des pratiques qui relèvent du droit civil, la *Loi* ne sera plus uniforme. Il est donc important d'étendre le droit de réclamer des dommages-intérêts à toutes les pratiques qui relèvent du droit civil, y compris à celles qui passeraient du droit pénal au droit civil comme nous le recommandons.

Si vous envisagez ce type de bifurcation au sujet de l'article 45, la disposition qui porte sur les complots, je vous signale que, dans la Loi actuelle, toute activité relevant des dispositions pénales de la Loi peut donner lieu à une réclamation de dommages-intérêts. Si vous décidez d'assujettir désormais ces activités aux dispositions de la Loi qui relèvent du droit civil, cela ne sera plus possible. Il vaudrait peut-être la peine d'y penser à deux fois. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:12:30]

Vu le grand nombre de changements que nous recommandons, il sera nécessaire de réviser de fond en comble le bulletin du Bureau de la concurrence qui porte sur les alliances stratégiques et d'en faire des lignes directrices en matière d'exécution de la *Loi*. En l'absence de jurisprudence, les entreprises vont avoir besoin de l'aide

éclairée du commissaire pour savoir comment le Bureau traitera les ententes horizontales entre concurrents. En conséquence, le Comité recommande :

18. Que le Bureau de la concurrence rédige et diffuse des directives sur l'application des dispositions visant les complots, les alliances stratégiques et autres ententes horizontales entre concurrents conformes aux modifications de la *Loi sur la concurrence* proposées aux recommandations 12 à 17.

Alliances stratégiques et préautorisations

Comme on l'a dit plus haut, le Comité sait qu'il est impossible de rédiger des dispositions législatives parfaitement limpides sur les complots. Un certain nombre d'ententes horizontales qui ne nuisent en rien à la concurrence se trouveront par inadvertance englobées dans le champ des dispositions, quel que soit le soin que l'on apporte à la rédaction de celles-ci. L'exception précitée confère une certitude relative dans le cas de certaines ententes horizontales sans effet fâcheux sur la concurrence, mais il faut faire autre chose pour réduire l'incertitude et l'effet de refroidissement associés aux ententes plus controversées ou aux effets moins clairs. Il faut trouver un moyen systématique de réduire ou d'éliminer le risque qu'une entente horizontale envisagée prête le flanc à des poursuites. Deux suggestions ont été faites à cet égard : un système d'avis et un système de préautorisation.

D'autres préconisent comme critère la notion de publicité de l'accord. Si l'accord est public, il suit la procédure civile, alors que s'il est secret il est considéré comme intrinsèquement illégal. D'autres approches encore sont possibles. [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 59:09:35]

Le système d'avis interdirait tout complot clandestin en vue de fixer les prix, directement ou indirectement, mais accorderait une exemption de l'application du paragraphe 45(1) à toutes les ententes horizontales connues à la condition que leurs promoteurs fassent connaître leurs intentions au préalable au Bureau. Toute modification sensible par rapport à l'entente envisagée initialement serait passible de poursuites au pénal. La notification de ce type d'entente serait facultative; il n'y aurait aucune obligation de divulgation des particularités de l'entente envisagée. Le commissaire serait aussi habilité à

demander des renseignements additionnels pour déterminer s'il doit faire opposition à l'entente ou la faire modifier dans le contexte du volet civil de la *Loi*.

Le système de préautorisation fonctionnerait un peu comme les certificats de décision préalable émis au sujet des projets de fusionnement aux termes de l'article 102 de la *Loi sur la concurrence*. Il s'agirait d'un système de déclaration facultative associé au paiement de droits modestes pour la fourniture d'une décision anticipée. Le commissaire à la concurrence serait habilité à délivrer un certificat de préautorisation s'il était convaincu que l'entente envisagée n'aurait pas pour effet de réduire sensiblement la concurrence ni ne constituerait une menace aux termes de l'article 45 ou des dispositions de droit civil proposées. L'exemption de poursuites au pénal conférée par le certificat pourrait être permanente ou temporaire et, comme dans le cas d'un système d'avis, toute modification importante par rapport au projet d'entente initial pourrait donner lieu à des poursuites au pénal.

D'aucuns ont préconisé la notification publique de certains accords restreignant la concurrence et que, dans ces conditions, les parties pourraient être assurées de ne pas être poursuivies. De manière générale, je pense qu'il n'est pas souhaitable que des accords contraires à nos principes généraux soient autorisés en se fondant simplement sur la théorie — qui me paraît naïve — que leur divulgation publique dissuaderait autrui de traiter avec les parties à ce genre d'arrangement restrictif. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:20]

Le Comité est d'avis que les deux formules présentent des avantages et des inconvénients. Pour certaines raisons, il penche pour un système de préautorisation, celui-ci donnant de meilleures garanties qu'un cartel camouflé serait détecté. En conséquence, le Comité recommande :

19. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour créer un système de préautorisations permettant de distinguer les ententes horizontales favorables à la concurrence ou ayant peu d'effet à cet égard de celles passibles de sanctions pénales conformément au paragraphe 45(1) de la *Loi*. Que le Bureau de la concurrence lève des droits en échange de la délivrance des certificats de préautorisation, fondés sur les principes de recouvrement des coûts semblables à ceux applicables au processus d'examen des fusions. Que le commissaire de la concurrence ait un délai raisonnable pour

donner suite aux demandes de certificat, après quoi le demandeur sera réputé avoir reçu son autorisation.

Dans le cas où le commissaire déciderait de ne pas accorder de certificat de préautorisation, le requérant devrait avoir le droit d'être entendu par le Tribunal. En conséquence, le Comité recommande :

L'expérience d'autres pays montre que les avocats savent rédiger ces accords de manière très ingénieuse, les décrivant de manière détournée et difficilement compréhensible ou enterrant leur déclaration auprès des autorités compétentes de telle manière que nul ne comprend réellement ce qui est divulgué. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:10:25]

20. **Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour que les particuliers qui n'ont pu obtenir, du commissaire de la concurrence, de certificat de préautorisation à l'égard d'une entente horizontale entre concurrents puissent s'adresser au Tribunal de la concurrence pour y obtenir une audience équitable relativement à l'entente proposée. Que ce droit de comparaître ne soit accordé que si l'entente est toujours proposée et n'a pas été réalisée.**

CHAPITRE 5 : LES DISPOSITIONS RELATIVES À L'ÉTABLISSEMENT DE PRIX ANTICONCURRENTIELS

Prix d'éviction

Il y a pratique abusive lorsqu'une entreprise abaisse ses prix ou accroît sa production ou sa capacité temporairement à la seule fin de décourager de nouveaux concurrents de s'implanter sur le marché ou d'évincer ou de pénaliser des concurrents. Dans les trois cas, le prédateur encourt des pertes temporaires qu'il compte bien, au minimum, récupérer en augmentant ses prix plus tard et en élargissant sa part du marché. La plupart des économistes estiment que ce type de pratique était extrêmement rare avant les années 80, parce qu'ils considèrent que les obstacles à l'entrée sur la plupart des marchés étaient faibles. Par conséquent, l'accès au marché étant facile, il aurait été d'après eux difficile à une entreprise d'imposer les prix élevés nécessaires pour compenser les pertes subies. En outre, cette tactique est très coûteuse parce que la « proie » sait fort bien que le prédateur paie cher le financement de ses pertes. En fait, la perspective de gains futurs peut suffire à convaincre une proie d'essayer de tenir le coup (là où les marchés financiers fonctionnent bien), ne serait-ce que pour profiter de l'éventualité où le prédateur lui ferait une offre d'achat. Ce n'est que dans le cas, extrêmement rare, où le prédateur peut plus facilement que la proie se procurer des capitaux extérieurs qu'une campagne de prix d'éviction peut réussir. Cependant, si l'objectif fixé est de prendre le monopole sur un marché, une prise de contrôle ou une fusion seraient des solutions encore plus efficaces.

Je félicite également le Comité d'avoir pris l'initiative de [...] modifier les articles 50, 61 et 75, qui appellent des changements depuis longtemps. [Donald McFetridge, Université Carleton 59:10:00]

Or, des analyses économiques récentes permettent de douter de cette théorie qui a cours depuis longtemps et donnent à penser que les pratiques abusives sont en fait peut-être plus fréquentes qu'on le pensait jusqu'ici. Certains croient que cette pratique, même si elle n'est pas courante, n'a rien de rare.

À l'article 50, on ne trouve que les mots vagues « à des prix déraisonnablement bas », difficiles à interpréter du fait de l'absence de jurisprudence. [Douglas West, Université de l'Alberta, 59:10:40]

La pratique de prix d'éviction est un acte criminel aux termes de l'alinéa 50(1)*c*) de la *Loi sur la concurrence*. La preuve de l'infraction repose sur plusieurs éléments. Le

prédateur présumé doit exploiter une entreprise et se livrer à une politique de vente à des prix déraisonnablement bas. Les termes « politique » et « déraisonnablement bas » posent d'épineux problèmes d'interprétation. En ce qui concerne la politique, elle doit répondre à l'une des quatre conditions suivantes :

[...] des prix d'éviction [...] Toutes les poursuites au Canada ont échoué parce que le coût n'est pas correctement défini. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:10:35]

1. Elle a pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence.

2. Elle a pour effet ou tendance d'éliminer un concurrent.

3. Elle est conçue pour réduire sensiblement la concurrence.

4. Elle est conçue pour éliminer un concurrent.

On a dit au Comité que, si la définition de comportement abusif et de prix d'éviction paraît simple à première vue, ces pratiques sont, en réalité, difficiles à vérifier. En raison de la grande latitude dont jouit l'entreprise dans l'établissement des prix de ses services (dans les cas où le coût marginal peut tendre vers zéro), il est extrêmement difficile de distinguer le prix d'éviction d'une concurrence vigoureuse au niveau des prix. Dans le cas des biens périssables dont le coût marginal est souvent très proche de zéro, la vente à des prix situés en-deçà du coût de revient est parfaitement légitime.

En réalité, la pensée moderne conteste même l'utilisation du concept du coût marginal, difficile à définir, pour déterminer l'existence de prix d'éviction. On a présenté au Comité l'exemple d'Amazon.com. Cette société qui a été fondée en 1995 n'a encore jamais établi un prix supérieur à ses coûts, mais elle ne pratique pas de prix d'éviction. Grâce à ses faibles prix, elle investit dans une part de marché future sous le couvert de l'avant-gardisme. L'établissement de prix présente donc un aspect temporel dont on ne tient peut-être pas suffisamment compte dans les critères de coût actuels dont on se sert pour déterminer l'existence de prix d'éviction.

[L]e Tribunal traite de la question générique des coûts évitables : ce qu'est un coût évitable, les questions d'opportunité de coût évitable, le moment où un coût devient évitable et quels revenus doivent intervenir dans la détermination. [Douglas West, Université de l'Alberta, 59:11:40]

Cet exemple de prix inférieurs aux coûts qui ne constituent pas des prix d'éviction a été élargi à des produits simples comme les rasoirs et les lames de rasoirs ou d'autres produits complémentaires. Apparemment, la vente

de rasoirs à un prix inférieur à la mesure comptable de leur coût peut être financièrement logique si elle fait grimper les ventes de lames et finit ainsi par accroître les bénéfices de l'entreprise. Dans un tel cas, ce qu'il importe de comparer au prix courant, c'est ceci : le coût variable moyen moins la valeur actualisée de l'augmentation future prévue de la marge unitaire brute attribuable à la politique de faible prix. Est-il nécessaire de préciser que, lorsque les enquêteurs auront finalement obtenu cette dernière information, la « proie » aura déjà jeté la serviette. On voit donc que la théorie économique laisse quelque peu à désirer si l'on veut s'en servir comme guide pour les fins de l'application de la *Loi* en matière de prix d'éviction.

[N]ous créons des pénalités, et tout l'objet de l'application est de décourager les gens de faire de vilaines choses [...] Quelques bonnes décisions en matière de prix prédateurs, peu importe le temps qu'auront demandé les affaires, créeraient peut-être les bons incitatifs en vue de la position d'application de la loi que nous voulons avoir à l'égard des prix prédateurs. Nous n'avons pas besoin des pouvoirs de réglementation du commissaire pour réussir cela. [Roger Ware, Université Queen's, 59:12:15]

Le rapport VanDuzer dénotait un certain scepticisme à l'égard tant du cadre juridique que de ses fondements économiques :

> L'élaboration de règles pour traiter avec efficacité les plaintes faisant état de prix d'éviction constitue le problème le plus épineux relié aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. Les effets de ces pratiques peuvent être dévastateurs, mais ils sont extrêmement difficiles à distinguer des effets d'une concurrence vigoureuse, même si d'importantes ressources y sont consacrées. Une chose semble claire : la disposition pénale en vigueur présente de graves lacunes en tant qu'instrument offrant une mesure corrective lorsqu'il y a pratique d'éviction[18].

Je ne [suis] pas favorable a un processus de dissuasion axé sur de fortes pénalités, car, au contraire d'une situation de cartel, caractérisée de façon inhérente par de mauvais comportements, une concurrence agressive en matière de prix est en règle générale une bonne chose. Vous êtes engagé sur une piste plus solide [...] où vous envisagez un traitement plus raffiné de la prédation dans le contexte des dispositions de la loi en matière d'abus de position dominante, car il s'agit réellement d'une catégorie à l'intérieur de ce type de monopolisation. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:15]

Un consensus d'experts du droit de la concurrence appuie la solution proposée dans le rapport VanDuzer :

> On peut résoudre ces problèmes, entre autres en considérant la pratique d'éviction dans le cadre de l'article 79. Comme le préconise l'analyse économique [...] en vertu de l'article 79, la puissance commerciale constitue un seuil pour l'obtention d'une mesure corrective. La disposition sur l'abus réduit le fardeau de la preuve en matière civile, qui peut être important compte tenu de la nature intrinsèquement contestable des allégations de prix d'éviction[19].

---

18 J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, *op. cit.*, p. 87.

19 *Ibid.*, p. 87-88.

Le rapport VanDuzer fait état d'autres avantages qu'il pourrait y avoir à assujettir l'interdiction à l'application de l'article 79 :

> Par ailleurs, elle exige une évaluation de l'effet sur le commerce. Le Tribunal serait en mesure de déterminer si, non seulement, il existait une possibilité de récupération au moyen de prix supraconcurrentiels, mais également d'examiner les effets du comportement prédateur sur la dynamique de la concurrence sur le marché qui est le siège de la pratique d'éviction. Ces effets incluraient la disparition de certains concurrents et leurs perspectives de retour sur le marché. Le Tribunal pourrait déterminer dans quelle mesure il était adéquat de tenir compte de considérations non basées sur l'efficience, notamment s'il était équitable d'éliminer intentionnellement un concurrent en pratiquant des bas prix.
>
> La disposition relative à l'abus permettrait également de tenir compte de conditions particulières sur le marché, y compris les facteurs analysés relativement à la nouvelle économie [...] Même dans un marché caractérisé par des niveaux élevés d'innovation, la baisse des coûts et des effets de réseau, une stratégie de bas prix ayant éliminé un concurrent pourrait être jugée favorable à la concurrence, lorsqu'elle faisait partie d'une stratégie plus générale visant à introduire une nouvelle technologie meilleure, et que toute position dominante en résultant ne pouvait qu'être de courte durée compte tenu des innovations futures[20].

[C]ette idée d'essayer d'apporter des changements aux dispositions en matière de prix d'éviction et de verser cela du côté civil [...] Je pense qu'il est important d'envisager la possibilité de créer un nouvel article traitant de prix d'éviction, mais pas forcément en empruntant le libellé actuel de la disposition en matière d'abus de position dominante [Douglas West, Université de l'Alberta, 59:12:40]

Dans le cas du maintien vertical des prix, l'exemple typique serait le suivant. Prenons l'industrie électronique. On peut s'asseoir, aller dans une salle d'écoute et essayer toutes sortes de haut-parleurs différents. On peut faire l'essai de différents lecteurs de disques compacts. On peut vraiment apprécier les différences sur le plan de la qualité. Mais l'aménagement d'une telle salle d'écoute coûte cher. Si quelqu'un décidait de profiter de la situation et de s'installer tout près ou quelques rues plus loin et de vendre exactement les mêmes produits, mais à un prix beaucoup moins élevé, le magasin qui fournit le service ne pourrait plus continuer à en faire bénéficier le consommateur. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:12:30]

Toutefois, le commissaire à la concurrence, l'Association du Barreau canadien et un certain nombre d'autres intervenants s'opposent à ce projet de changement, car ils estiment que le caractère pénal de la disposition décourage davantage les agissements anticoncurrentiels; ils privilégient l'augmentation des ressources consacrées à l'exécution de la *Loi*. Selon eux, il demeure préférable de disposer de deux niveaux de protection contre les prix d'éviction (l'alinéa 50(1)*c*) et l'article 79).

Le Comité a des réserves quant à cette position, parce que la jurisprudence n'atteste pas suffisamment l'effet dissuasif de l'alinéa 50(1)*c*). Le Comité ne peut pas simplement faire fi du fait que les dispositions de la *Loi* relatives aux prix d'éviction manquent d'efficacité et ne sont pratiquement pas utilisées puisqu'elles ont donné lieu à seulement deux cas contestés (les deux vieux de plus de

---

20 *Ibid*, p. 88.

20 ans). Qui plus est, le Comité n'est pas convaincu qu'un tribunal soit l'endroit approprié où effectuer l'analyse économique compliquée nécessaire pour établir une distinction entre un prix d'éviction et un prix dynamique favorable à la concurrence; le Tribunal de la concurrence semble être mieux placé pour juger ce comportement. Quoi qu'il en soit, un consensus se dégage quant à l'utilisation de la disposition relative à l'abus de position commerciale dominante comme moyen de saisir les autorités juridiques d'une affaire d'établissement de prix d'éviction — une disposition selon laquelle le suspect est en position de force sur le marché et la pratique en question empêcherait ou amoindrirait substantiellement la concurrence. C'est pourquoi le Comité recommande :

21. Que le gouvernement du Canada abroge les alinéas 50(1)*b*) et 50(1)*c*) de la *Loi sur la concurrence* et modifie cette dernière pour que l'établissement de prix d'éviction fasse partie des agissements anticoncurrentiels visés par les dispositions sur l'abus de position dominante (article 79).

Le maintien des prix de revente a un effet favorable sur la concurrence, parce qu'il assure aux fournisseurs une marge grâce à laquelle ils peuvent investir dans la prestation de services, faire augmenter la demande d'un produit [...] L'augmentation de la demande est productrice de richesses pour l'économie en général. C'est en ce sens que c'est bon pour la concurrence. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:12:30]

Maintien des prix

Il y a maintien des prix lorsqu'une entreprise essaie d'établir ou de faire monter un prix minimum auquel une autre entreprise située en aval de la chaîne de distribution peut vendre son produit. Toutes les entreprises ne pratiquent pas le maintien du prix de revente, mais c'est une des pratiques restrictives les plus répandues sur le marché. Le maintien des prix de revente peut se faire verticalement, c'est-à-dire entre un grossiste et un détaillant qui revend les produits du fournisseur, ou horizontalement, c'est-à-dire entre concurrents qui conviennent d'imposer un prix de vente aux revendeurs de leurs produits.

Depuis 1951, suite aux recommandations de la Commission MacQuarrie, le maintien des prix est un acte criminel aux termes de l'article 61 de la *Loi*. Il est donc illégal pour toute personne qui exploite une entreprise de « tenter de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise » le prix auquel une personne exploitant une entreprise vend le produit en question « par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable ». En 1960, on a modifié

la *Loi* pour y ajouter les moyens de défense actuels visant l'infraction connexe qui consiste à refuser d'approvisionner un client en raison de sa politique de bas prix. Le paragraphe 61(10) prévoit les quatre moyens de défense suivants :

- sacrifier les produits à des fins de publicité (la « *défense relative aux produits d'appel* »);
- utiliser les produits fournis non pas dans le but de les vendre avec profit, mais dans celui d'inciter les clients à acheter les produits d'un concurrent (la « *défense relative à la publicité-leurre* »);
- faire de la publicité trompeuse relativement aux produits fournis;
- ne pas assurer la qualité de service auquel les acheteurs pouvaient raisonnablement s'attendre (la « *défense relative au niveau de service* »

Si deux entreprises étaient situées à un niveau différent le long de la chaîne de distribution, prenons le cas d'un fabricant et d'un distributeur, qu'arriverait-il si le fabricant était propriétaire de l'entreprise de distribution? Ils pourraient décider des conditions de vente du produit, y compris le prix, la qualité du personnel de vente et les qualifications exigées. Le fabricant pourrait décider de tout et pourrait même choisir l'éclairage du magasin. Et nous ne trouverions pas que cela va à l'encontre de la concurrence. Pourquoi la situation serait-elle différente si Sony essayait de faire la même chose avec une entreprise indépendante? [Roger Ware, Université Queen's, 65:12:30]

En revanche, les demandes, discussions, pressions morales ou suggestions en ce sens sont considérées comme assimilables à l'établissement d'un prix courant proposé et sont autorisées (paragraphe 61(3)). De la même façon, en vertu du paragraphe 61(4), si le prix suggéré apparaît dans une publicité, il doit être exprimé de façon à préciser à quiconque prend connaissance de la publicité que le produit peut être vendu à un prix inférieur; sinon, on dira du fournisseur qu'il a tenté de faire monter le prix.

Le Comité trouve plus convaincants les facteurs économiques qui militent en faveur de l'interdiction du maintien des prix à caractère horizontal. Lorsque des fournisseurs s'entendent pour fixer les prix de revente de leurs produits, cela interdit toute concurrence entre les concurrents situés en aval. Lorsque le prix de revente est le plus visible des deux, le maintien de ce prix peut faciliter la collusion entre fournisseurs. En soustrayant les marges bénéficiaires du niveau de détail et du niveau de gros du prix de détail minimum fixé, les fabricants fixent en fait eux-mêmes le prix de revente de leur produit. On a signalé par ailleurs au Comité que le maintien des prix de revente pouvait faciliter le fonctionnement d'un cartel de détaillants. Cela aurait longtemps été le cas des détaillants de produits

pharmaceutiques; les pharmacies obligeant les fabricants dont elles vendaient les produits à imposer un prix de revente.

Le caractère anticoncurrentiel du maintien des prix dans l'axe vertical est moins évident. L'exemple classique d'un tel maintien des prix est celui du fournisseur qui demande à quelqu'un à qui il vend ses produits, un détaillant, mais peut-être aussi un grossiste, de maintenir ses prix à un niveau particulier, de manière à encourager ce détaillant ou ce grossiste à attaquer la concurrence autrement que par les prix. Une marge de détail accrue encouragerait donc le détaillant à offrir un service de grande qualité au client ou à s'assurer que l'image de marque associée au produit est maintenue et n'est en aucune façon souillée.

Prenons le maintien des prix. La loi est très stricte ici. Il n'est pas nécessaire qu'un accord ait été conclu. Le fait qu'un accord doive avoir été conclu selon la loi américaine fait intervenir ce qu'on appelle la doctrine Colgate : ils peuvent vendre unilatéralement, vous ne pouvez pas vendre mon produit à un prix moindre, vous ne pouvez pas avoir un accord [...] Alors même que cela serait illégal au Canada, il arrive souvent qu'il y ait maintien des prix aux États-Unis. C'est une question juridique qui se pose sans cesse, parce que la loi est différente ici. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:11:15]

Du point de vue du consommateur, le maintien vertical des prix se traduit par une augmentation des services, ce qui est à son avantage, mais aussi par des prix plus élevés, non avantageux pour le consommateur. Le Comité s'est laissé dire que, dans l'ensemble, la décision concernant la façon de commercialiser un produit et de concevoir un système de distribution devrait être laissée au fabricant. Interdire de fixer le prix de revente en invoquant la règle de l'illégalité en soi revient en fait à réglementer les décisions du fabricant quant à l'optimisation de la vente de ses produits. Par analogie, nous n'interdisons pas légalement de faire beaucoup de publicité, même lorsque la publicité pousse les prix à la hausse, et, pour la même raison, nous ne devrions pas interdire le maintien vertical des prix en invoquant la règle de l'illégalité en soi. Donc, dans la mesure où le maintien des prix peut se justifier pour des raisons d'efficience, l'interdiction prévue par la *Loi*, qui en fait un acte criminel en soi, englobe probablement trop de cas.

[L]a disposition sur l'imposition de prix qui traite de ce genre d'entente verticale sur les prix. C'est un article qui nous est très utile. [R. W. McCrone, Bureau de la concurrence, 64:09:40]

Le même thème est revenu chez tous les témoins, sauf les représentants du Bureau, qui ont commenté le maintien des prix : il y aurait lieu de décriminaliser le maintien vertical des prix et d'assujettir le maintien horizontal des prix à la disposition sur les complots. Un taux de réussite plus élevé des poursuites en vertu de la règle de l'illégalité en soi est la seule raison que le Bureau, seul dissident, a invoquée pour ne pas se ranger à l'avis des experts. Le Comité tient cependant à rappeler à tous

que la politique de la concurrence n'a rien à voir avec le fait de perdre ou de gagner une cause; elle consiste à concevoir un cadre à l'intérieur duquel un secteur des affaires efficace peut fournir produits et services à des prix concurrentiels. En outre, le Comité considère que la société n'aurait pas avantage à courir le risque d'obtenir des condamnations, aux termes des dispositions pénales de la *Loi*, qui auraient par ailleurs un « effet paralysant » dans les cas où le maintien vertical des prix serait bénéfique pour la concurrence, lorsque les dispositions civiles offrent une approche plus raisonnable et promettent de meilleurs résultats. De l'avis des experts de la concurrence, s'il y a décriminalisation du maintien vertical des prix, il serait préférable que celui-ci relève plutôt de la disposition relative à l'abus de position dominante (article 79). Ainsi, le traitement réservé par la *Loi* au maintien vertical des prix cadrerait mieux avec la pensée économique contemporaine.

Je ne suis pas du tout d'accord avec le fait qu'il doit y avoir interdiction au pénal, surtout lorsqu'il n'est pas nécessaire de prouver que cela a eu un effet défavorable sur la concurrence. Il doit y avoir présomption et il y a biens des cas dans lesquels c'est avantageux pour la concurrence. Sur l'axe vertical, il est question non pas du contrôle du prix d'un produit par tous les concurrents, mais bien peut-être du contrôle du prix et du positionnement du produit d'un fournisseur qui sera discipliné par les autres parties sur le marché si en fait elles n'occupent pas une position dominante. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 65:12:35]

Le Comité croit savoir qu'un examen en vertu de l'article 79 comporterait deux avantages : la pratique ferait l'objet d'une audience en bonne et due forme sur l'incidence économique qu'elle pourrait de toute évidence avoir et le fardeau de la preuve serait moins lourd (ce ne serait plus « hors de tout doute raisonnable », mais selon la « prépondérance des probabilités »). Il y a une autre différence, qui pourrait consister en un avantage ou en un inconvénient selon le point de vue de chacun, et c'est que l'article 79 exigera une évaluation de la puissance commerciale de l'entreprise pratiquant le maintien des prix. Selon le rapport VanDuzer, le critère de la puissance commerciale comporterait des avantages, car on peut facilement cerner les facteurs économiques qui permettent de faire une distinction entre les pratiques de maintien des prix qui stimulent la concurrence et celles qui l'entravent. Les auteurs du rapport VanDuzer énumèrent trois facteurs économiques relatifs au maintien vertical des prix anticoncurrentiels, à savoir :

[...] dans le domaine des pratiques de tarification. Vous avez bénéficié du rapport détaillé du professeur VanDuzer, qui a fait ressortir que certaines de ces règles sont devenues économiquement un peu désuètes. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

1. La personne qui met en œuvre le maintien des prix (le « fournisseur ») est en position de force sur le marché, ce qui donne à entendre que les clients pourraient être dans l'incapacité de changer de fournisseur.

2. Le fournisseur ne fonde pas ses activités sur l'efficience, à savoir le désir de donner un meilleur service ou d'empêcher des pratiques qui nuiraient à la marque, telles que la vente à perte ou la publicité trompeuse.

Je vous encouragerais, [...] la décriminalisation des pratiques de prix. [...] ces lois sont dépassées et ne collent pas avec une saine politique économique. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:12:40]

3. Le fournisseur a été poussé à mettre en œuvre le maintien des prix en ce qui a trait à un client par un autre client qui lui fait concurrence[21].

En revanche, les auteurs du rapport VanDuzer ne sont pas certains que le critère de la puissance commerciale selon l'article 79 convienne dans le cas du maintien vertical des prix.

[Il y a] la nécessité de réformer les dispositions pénales alambiquées de la loi — pas seulement l'article 45, mais beaucoup d'autres dispositions touchant à la tarification, notamment les prix d'éviction, les prix discriminatoires et les prix imposés. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:11:15]

Le Comité accepte tous les arguments mentionnés ci-dessus. Nous croyons que lorsqu'il est possible de moderniser la *Loi* pour mieux refléter la pensée économique conventionnelle, soit dans ce cas-ci faire une distinction entre les effets défavorables et favorables sur la concurrence du maintien vertical des prix, il faudrait le faire. Étant donné les modifications que nous avons recommandées d'apporter à l'article 79 (chapitre 6), l'adoucissement de la *Loi* pour ce qui est du maintien vertical des prix devrait atténuer « l'effet paralysant » dans les cas où la pratique a un effet favorable sur la concurrence. Le Comité recommande donc :

22. Que le gouvernement du Canada abroge la disposition sur le maintien des prix (article 61) de la *Loi sur la concurrence*. Pour établir une distinction entre les pratiques qui sont anticoncurrencielles et celles qui sont sans importance à cet égard ou pro-concurrencielles, que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* : 1) en insérant dans la disposition sur le complot (article 45) les pratiques de maintien des prix entre concurrents (sur l'axe horizontal), qu'il s'agisse de fabricants ou de distributeurs; et 2) en prévoyant que les ententes de maintien des prix entre fabricants et distributeurs (sur l'axe vertical) fassent l'objet d'un examen aux termes de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79).

Pour ce qui est de la collusion, cela devrait être couvert par le nouvel article 45. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

---

21 *Ibid.*, p. 18-19.

Discrimination par les prix

Si je vous disais que je suis prêt à aller chercher le produit chez vous, à l'entreposer ou à faire quoi que ce soit d'autre pour vous économiser de l'argent si vous êtes prêt à conclure un marché avec moi, je me demande si vous m'accorderiez une remise en reconnaissance de cette initiative favorable à la concurrence. C'est peut-être simplement que je suis un meilleur négociateur, que je ferai quelque chose pour vous sur un marché différent, que j'achèterai un plus grand nombre de vos produits si vous m'accordez un plus gros escompte. En fait, l'infraction criminelle a un effet paralysant sur le processus de négociation. Vous commettriez une infraction criminelle en m'accordant un plus gros escompte. Donc, tout le processus concurrentiel qu'on peut normalement observer entre le fournisseur et le client s'en trouverait paralysé. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:12:30]

Un de nos grands points faibles, c'est que la discrimination par les prix est permise aux États-Unis alors qu'elle ne l'est pas au Canada. Ainsi, un produit coûte moins cher à un magasin, par exemple, s'il en achète 100 au lieu de deux. Notre loi est tout à fait arbitraire. Il est possible de faire une distinction entre un et deux ou entre un et 5 000 — peu importe le nombre — et de fixer son prix en conséquence. C'est la loi au Canada. Un fabricant n'a pas à se justifier en faisant valoir ses coûts. Aux États-Unis, il ne peut pas y avoir discrimination à moins qu'elle soit justifiée. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:11:15]

Il y a discrimination par les prix lorsqu'un fournisseur de biens ou de services vend le même produit à des prix différents à différents consommateurs (qu'il s'agisse d'autres entreprises ou de consommateurs finals) à moins que cette différence de prix ne corresponde précisément aux coûts engagés pour servir les diverses catégories de consommateurs. Pour qu'on puisse parler de discrimination par les prix, trois conditions doivent être réunies : 1) l'entreprise doit avoir la puissance commerciale qui lui permet de fixer les prix (autrement, les consommateurs peuvent choisir d'acheter auprès d'un concurrent); 2) l'entreprise doit pouvoir cerner différentes catégories de clients ayant différents niveaux de sensibilité aux prix; et 3) les consommateurs doivent difficilement pouvoir faire de la revente entre eux (autrement, ils procéderont par arbitrage pour se procurer le produit au meilleur prix).

La discrimination par les prix constitue un acte criminel qui ne vise, aux termes de l'alinéa 50(1)*a*) de la *Loi sur la concurrence*, que la « vente » d'« articles » et, en vertu de l'article 51 de la même loi, que les remises à des fins de réclame ou de publicité. Ces dispositions ont été adoptées en 1935 suite aux craintes manifestées par les petites entreprises, surtout des épiceries, devant l'émergence des grandes surfaces et des chaînes de magasins et suite au *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix*. Parce que l'alinéa 50(1)*a*) ne s'applique qu'à la « vente d'articles », les baux et services ne sont pas couverts. Si les acheteurs n'exercent pas leurs activités sur le même marché, par exemple si l'un est un consommateur final et l'autre une entreprise, aucune infraction n'est commise. Les ristournes ou les remises en fonction du volume ou de la quantité sont exemptées. Il doit y avoir connaissance de chaque élément de l'infraction. Le fournisseur doit savoir que la vente est discriminatoire. Selon l'article 51, la discrimination pour un motif autre que le prix (p. ex., l'accès différencié à des remises promotionnelles) constitue dans certains cas une infraction criminelle.

Bien que la discrimination par les prix signifie par définition traiter des particuliers ou des groupes de consommateurs de façon différente et puisse en désavantager certains lorsque le produit est un facteur de

production, elle n'entre pas en soi dans les agissements anticoncurrentiels. En fait, elle peut souvent répondre à des impératifs concurrentiels lorsqu'il s'agit de demander des prix différents à différents consommateurs, lorsque des coûts différents sont engagés pour les servir (tout comme les ristournes consenties en fonction du volume et de la quantité, qui supposent des coûts différents et qui ne sont donc pas en soi anticoncurrentielles). La discrimination par les prix peut également générer des ventes supplémentaires, par exemple, à des enfants et à des personnes âgées qui n'achèteraient pas le produit autrement. Dans la mesure où la consommation de biens ou de services augmente, on estime promouvoir l'efficience économique.

La discrimination par les prix est une pratique courante. Par exemple, une banque qui offre aux étudiants des services bancaires gratuits pour s'attacher leur loyauté pratique la discrimination par les prix. De nombreuses techniques hors-prix ayant des objectifs similaires à la discrimination par les prix peuvent être utilisées pour instaurer une discrimination entre les consommateurs. Les ventes liées et les politiques de fixation des prix à plusieurs paliers en sont deux exemples classiques. La technique des ventes liées est expliquée en ces termes dans le rapport VanDuzer :

> À un moment donné, IBM avait le monopole de certains types de matériel mécanographique. Différents clients ont formulé sur le matériel d'IBM une opinion qui variait considérablement, selon qu'ils l'avaient utilisé plus ou moins intensément. Toutefois, au lieu d'avoir recours à la discrimination par les prix pour obtenir le prix maximum que chaque client était prêt à payer, IBM a contraint les clients à lui acheter des cartes perforées et, en facturant ces cartes à un prix supérieur à leur coût, IBM a réussi à pratiquer la discrimination entre ses clients en fonction de l'intensité d'utilisation du matériel. La réservation à période fixe et le groupage des produits sont d'autres exemples d'exigences hors-prix imposées par les vendeurs qui réussissent ainsi à exercer une véritable discrimination par les prix[22].

Quantité de questions restent encore en suspens, notamment celle de savoir si les dispositions touchant les prix d'éviction et discriminatoires, par exemple, devraient être dépénalisées. C'est un débat qui dure depuis des années, et l'on s'interroge également sur la portée à donner à la disposition sur l'abus de position dominante, entre autres. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:10:50]

Voici quelques exemples de techniques de fixation de prix à plusieurs paliers à caractère de discrimination par les prix : 1) les tarifs de taxi qui incluent un montant

---

22 *Ibid.*, p. 7-8.

forfaitaire au départ et des frais pour la distance parcourue ou la durée; 2) l'établissement de prix pour les journaux, les magazines, la radio et la télévision lorsqu'il y a deux sources de revenu — les annonceurs et les abonnés; 3) les droits d'entrée dans les champs de foire et les frais d'utilisation des manèges; 4) les prix d'entrée dans les bars et clubs de nuit qui viennent s'ajouter au prix des consommations; 5) les droits d'immatriculation des automobiles et les taxes sur l'essence; 6) de même que les coûts d'étalage exigés par les détaillants en plus de la majoration du prix de vente au détail[23].

Voici la conclusion à laquelle en sont arrivés les auteurs du rapport VanDuzer :

[L]a façon la meilleure et la plus efficace de traiter des cas de prix d'éviction, ainsi que de discrimination de prix géographiques et de maintien de prix verticaux, est de révoquer les actuelles dispositions de la loi et de traiter de ce genre de comportement en vertu de dispositions renforcées en matière d'abus de position dominante. Par «renforcées», j'entends qu'il vous faudrait créer une pénalité administrative du genre de celles qui sont déjà prévues dans les dispositions de la loi visant les pratiques commerciales dolosives. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

> Nul doute que l'actuelle disposition pénale sur la discrimination par les prix ne traite pas de façon adéquate cette problématique. L'analyse économique [...] conclut que dans de nombreux cas, la discrimination par les prix n'est pas anticoncurrentielle. La possibilité que la discrimination par les prix ait un effet anticoncurrentiel dépendra des circonstances propres à chaque cas. En vertu de la disposition en vigueur, l'exercice de la puissance commerciale n'est pas précisé comme condition préalable à la véritable discrimination que peut exercer un fournisseur et aucune évaluation de l'effet de la discrimination sur la concurrence n'est requise. À cet égard, la disposition est trop englobante. Par ailleurs, en n'incluant pas la discrimination dans les services et dans les formes de transaction autres que les ventes, la disposition exclut d'importants domaines d'activité économique du marché actuel. Sous sa forme actuelle, la disposition pénale sur la discrimination par les prix ne s'avère donc pas un outil précis pour faire échec aux comportements anticoncurrentiels et impose des coûts excessifs aux entreprises reliés à la conformité et à la surveillance. Comme la discrimination par les prix est une infraction pénale, cet effet paralysant se trouve amplifié[24].

Le rapport VanDuzer renferme d'impérieux arguments en faveur de la décriminalisation de la discrimination par les prix et un consensus s'est établi entre les experts de la concurrence. Le Comité recommande donc :

---

23 La plupart des politiques de fixation de prix à paliers multiples sont à deux paliers, puisqu'elles ne comportent que deux sources de revenu.

24 J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, *op. cit.* p. 80.

23. Que le gouvernement du Canada abroge les dispositions sur la discrimination par les prix (alinéa 50(1)*a*) et article 51) de la *Loi sur la concurrence* pour les intégrer à l'article sur l'abus de position dominante (article 79). Ces dispositions devraient régir tous les types de produits, dont les articles et les services, et tous les types d'opérations, pas seulement les ventes.

CHAPITRE 6 : L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

Éléments de fond

Les articles 78 et 79 contiennent les dispositions sur ce qu'on appelle l'« abus de position dominante » et constituent un élément clé de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* qui porte sur les « affaires que le Tribunal peut examiner ». Ces articles ont été adoptés en 1986 en remplacement de ceux qui assimilaient à une infraction criminelle le fait d'être partie à un monopole ou à la formation d'un monopole.

L'article 79 permet au commissaire de demander, et au Tribunal de rendre, une ordonnance interdisant à une ou plusieurs personnes de s'adonner à des agissements anticoncurrentiels. L'article 78 énumère certains de ces agissements « anticoncurrentiels » aux fins de l'article 79; la liste de l'article 78 n'est pas exhaustive et, par conséquent, ne restreint pas l'application de l'article 79 aux seules pratiques expressément citées. De fait, le Tribunal s'est écarté de cette liste à plusieurs reprises.

Je pense que le Tribunal, lorsqu'il a exposé la nécessité d'un critère de puissance commerciale dans les dispositions en matière de position dominante, n'est jamais allé plus loin pour préciser quel degré de puissance commerciale il fallait. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

Certains des agissements anticoncurrentiels visés dans la partie VIII peuvent aussi faire l'objet d'une procédure criminelle aux termes des articles 45 et 61, ou de l'alinéa 50(1)*c*) de la *Loi*. La *Loi* permet que l'une ou l'autre démarche soit entreprise, mais pas les deux à la fois.

Pour obtenir une ordonnance aux termes de l'article 79, le commissaire doit convaincre le Tribunal, selon la « prépondérance des probabilités » (norme de preuve en droit civil), des trois éléments suivants :

1. Une ou plusieurs personnes *contrôlent sensiblement ou complètement*, à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions, une catégorie ou espèce d'entreprises;

2. Cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une *pratique* d'agissements anticoncurrentiels;

3. La pratique a, a eu, ou aura vraisemblablement pour effet *d'empêcher* ou de *diminuer sensiblement* la concurrence dans un marché.

Les prix d'éviction sont actuellement visés par l'article 79 [...]. De plus, un groupe d'experts nous a indiqué que la discrimination par les prix était déjà visée par l'article 79 des dispositions civiles. [R.W. McCrone, Bureau de la concurrence, 64:09:40]

En présence de ces trois éléments, le Tribunal peut rendre une ordonnance de cessation. Il peut non seulement ordonner l'interruption de l'activité anticoncurrentielle, mais aussi, dans la mesure où cela est raisonnable et nécessaire pour enrayer les effets de l'activité, rendre une ordonnance exigeant d'une personne qu'elle prenne certaines mesures, y compris qu'elle se départisse d'éléments d'actif ou d'actions. Cette ordonnance doit avoir pour seul objectif de rétablir la concurrence sur le marché touché, et non pas d'imposer des sanctions punitives.

Les termes « contrôlent sensiblement ou complètement » du premier élément reprennent exactement [en anglais] ceux de l'article qui a précédé les actuelles dispositions sur l'abus de position dominante[25] et selon lequel le monopole constituait une infraction criminelle. Mais quel degré de contrôle le mot « sensiblement » recouvre-t-il? Les interprétations de la jurisprudence concernant les dispositions pénales antérieures impliquent que le contrôle doit approcher 100 % du marché intéressant telle région géographique et tel produit. Toutefois, cette analyse a été considérablement raffinée dans les affaires subséquentes.

[A]u sujet des dispositions en matière de prix [...] les actuelles dispositions en matière d'abus de position dominante couvriraient ce genre de comportement, mais il s'agit en quelque sorte d'une zone grise, car la société qui entre sur le nouveau marché ne sera peut-être pas en fait dominante à l'intérieur de ce marché. Les dispositions en matière d'abus de position dominante visent la société qui contrôle entièrement ou à toutes fins utiles une classe ou une catégorie d'activité. Vous pourriez bien sûr essayer de saisir ces types de comportements dans le cadre de la disposition en matière d'abus de position dominante. Il n'est pas clair que c'était là l'objet visé [...] [Douglas West, Université de l'Alberta, 59:12:40]

Pour déterminer s'il y a abus de position dominante, le Tribunal doit, comme première étape, définir le « marché pertinent du produit ». Cette définition a deux dimensions : le produit et la région géographique. En ce qui concerne le produit, la détermination est compliquée, car elle doit tenir compte de facteurs comme la preuve directe et indirecte de la substituabilité et de l'interchangeabilité fonctionnelle des produits, l'opinion des spécialistes sur ce qui constitue un produit semblable et les dépenses à engager pour remplacer un produit par un autre.

Outre le produit, le Tribunal doit également définir la région géographique du marché. Pour cela, il tient compte des limites à l'intérieur desquelles les concurrents doivent être situés pour pouvoir se faire concurrence et où les prix tendent soit à s'uniformiser soit à changer en réaction aux

---

25 Article 2 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. [Note de la traductrice : en français, le libellé était « contrôlent, pour une grande part ou complètement ».]

autres. Le Tribunal a reconnu que le marché (ainsi défini) aura une importance considérable pour toute conclusion concernant l'effet que le comportement de l'entreprise en position dominante a sur la concurrence. En général, toutefois, plus le marché est défini largement, moins il y a de chances que l'entreprise possède de la puissance commerciale et que son comportement soit considéré comme susceptible de réduire sensiblement la concurrence.

[V]otre idée de moderniser et de dépénaliser plusieurs des dispositions de la loi intéressant les prix et de les transférer dans un [...] régime d'abus de position dominante me paraît judicieuse. On disposera ainsi d'un régime unique cohérent pour traiter ces types de comportements [...], dans les cas où il y a des effets sur la concurrence et non dans les nombreuses situations où il n'y en a pas. [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:25]

Une fois que le marché est défini, le Tribunal doit se demander si l'entreprise contrôle « sensiblement ou complètement » ce marché. Le Tribunal a fait équivaloir cette expression plutôt ambiguë à l'exercice d'une « puissance commerciale ». Celle-ci s'entend de la situation où l'acteur dominant a la possibilité de hausser ses prix (ou de réduire la qualité de ses produits) d'une façon non transitoire (c'est-à-dire sur un long terme que l'on évalue généralement à deux ans) sans subir de pertes de bénéfice.

À cet égard, le fait de détenir une grande part de marché ne donne pas lieu à lui seul à une présomption de position dominante. Dans l'affaire *Laidlaw*[26] le Tribunal a arrêté que la position dominante ne serait pas présumée lorsque la part de marché est inférieure à 50 %. Le Tribunal n'a pas encore eu à se prononcer sur une allégation contestée de position dominante, selon laquelle l'entreprise en cause disposerait d'une part de marché de moins de 85 %. Fait intéressant, le seuil de 50 % établi dans *Laidlaw* est plus élevé que celui de 35 % établi dans les directives du Bureau intitulées *Fusionnement — Lignes directrices pour l'application de la Loi* et *Lignes directrices pour l'application de la Loi : prix d'éviction.* Une jurisprudence plus riche à ce propos serait utile.

Un redressement axé sur des dommages-intérêts et des amendes pourrait constituer un dissuasif raisonnable. On pourrait transférer cela dans le volet civil et éviter tous les problèmes des poursuites au pénal. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:55]

Les obstacles à l'accès de nouveaux concurrents sont également un facteur important. Pour déterminer l'existence d'un obstacle à l'accès, le Tribunal doit examiner des facteurs comme les coûts irrécupérables[27] et les économies d'échelle, de même que les obstacles

---

26 Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd. (1992), 20 C.P.R. (3d) 289.

27 Les dépenses que le nouveau concurrent ne récupérera pas s'il se maintient sur le marché. L'exemple le plus courant en est la publicité.

techniques et réglementaires. Les coûts irrécupérables ou les économies d'échelle pris isolément ont peu de chances d'être considérés comme suffisants. Le Tribunal doit également prendre en compte le nombre de concurrents, leurs parts relatives de marché et le fait qu'il existe ou non une capacité excédentaire sur le marché. Malgré les indications données par le Tribunal dans les affaires passées, il est souvent difficile de prévoir les cas dans lesquels celui-ci jugera qu'il existe une position dominante.

Le deuxième élément à prendre en compte aux fins de l'article 79 est la question de savoir si la pratique a pour effet une diminution sensible de la concurrence. Il est difficile de déterminer si une pratique entraînera ou a entraîné un tel effet. Quel sens doit-on donner au terme « sensible »? Dans l'affaire *Nutrasweet*, environ 90 % du marché était contrôlé par la première société productrice d'aspartame. S'il est vrai qu'une part de marché élevée peut laisser croire à l'existence d'une domination, elle n'en est pas nécessairement une preuve. Le Comité a bon espoir que la jurisprudence permettra, avec le temps, de mieux cerner le sens de ce terme.

[S]i vous inscriviez dans les dispositions en matière d'abus de position dominante un pouvoir d'imposer des sanctions civiles, cela maintiendrait l'effet dissuasif de la Loi. Et si vous modifiiez encore les dispositions en matière d'abus de position dominante en retranchant les mots « contrôlent sensiblement ou complètement », alors le critère en ce qui a trait à l'aspect anticoncurrentiel serait tout simplement un amoindrissement considérable de la concurrence, ce qui est le même critère que ce que vous avez déjà dans les dispositions visant les prix d'éviction. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

Le dernier élément qui doit être démontré aux termes de l'article 79 est l'existence d'une « pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Même si le mot « pratique » n'a pas été défini dans l'affaire *Nutrasweet*, le Tribunal semble avoir placé la barre assez bas, en déclarant qu'une pratique peut exister « dès que l'on est en présence d'un acte isolé ou de plusieurs actes isolés ». De plus, un certain nombre d'agissements anticoncurrentiels différents, mis ensemble, peuvent constituer une pratique.

Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix : L'approche civile

Comme nous l'avons dit au chapitre précédent, le Comité estime que l'approche actuelle, qui consiste à traiter les pratiques visées par les articles 50, 51 et 61 comme des infractions criminelles n'est pas adaptée au contexte commercial moderne. Ces dispositions — en raison de leurs éventuels effets proconcurrentiels ou de rehaussement de l'efficience — seraient traitées plus efficacement en tant que pratiques commerciales

susceptibles d'examen dans le cadre de la partie VIII de la *Loi*, et plus précisément aux termes des dispositions sur l'abus de position dominante. Dans le même temps, comme le suggèrent le rapport VanDuzer et divers commentateurs, le traitement des prix d'éviction dans le cadre de l'article 79 comporte certaines difficultés conceptuelles.

Les sanctions pénales nous permettent d'imposer des peines d'incarcération dans certains cas, et on ne pourrait pas retrouver cela au civil. Il y a aussi le stigmate du casier judiciaire. On tient là un élément dissuasif qui n'existe pas du côté civil. Je ne crois pas que l'on puisse vraiment comparer les amendes du côté criminel et les pénalités administratives du côté civil. L'amende vise clairement à pénaliser le comportement criminel, et la sanction administrative a plus pour objet d'encourager le respect des ordonnances du Tribunal. [R.W. McCrone, Bureau de la concurrence, 64:10:30]

La première objection est la suivante : le fait de soustraire ces pratiques au traitement pénal pour les assujettir à l'examen civil pourrait nuire à l'effet dissuasif découlant du traitement pénal. Toutefois, le Comité estime que ce même effet dissuasif pourrait être réalisé en donnant au Tribunal le pouvoir d'imposer des sanctions financières aux termes de l'article 79. De plus, le traitement pénal pourrait rester en place pour les pratiques — comme les activités des grands cartels — qui n'ont aucune valeur sociale positive.

Quant à la deuxième objection, elle n'est pas aussi facile à comprendre. Elle consiste à demander l'énonciation d'un seul critère légal, de manière à unifier, aux termes des dispositions concernant l'abus de position dominante, les différents critères que la Couronne ou le commissaire, selon le cas, doivent réunir pour obtenir gain de cause devant la Cour ou le Tribunal. En plus des différents critères juridiques existants dans les articles à caractère pénal sur la fixation des prix et l'article 79, il faut prendre en compte les différentes normes de preuve contenues dans les dispositions pénales (« au-delà de tout doute raisonnable »).

Les dispositions en matière d'abus de position dominante auraient donc un seuil anticoncurrentiel semblable et un pouvoir de dissuasion semblable, sous forme d'amende administrative, à ce que renferme à l'heure actuelle la disposition pénale, sauf que vous n'auriez pas à composer avec le fardeau de la preuve du système pénal. Voilà quelle serait [...] la façon la plus efficace de traiter non seulement les prix d'éviction mais également la discrimination par les prix et les autres pratiques touchant les prix. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:12:25]

Pour obtenir une condamnation aux termes de l'alinéa 50(1)*b*) ou 50(1)*c*), il suffit à la Couronne de montrer que la politique a pour effet, ou est conçue dans le dessein, de réduire la concurrence *ou* d'éliminer un concurrent. L'alinéa 50(1)*a*) et les articles 51 et 61 demandent uniquement que la pratique elle-même soit prouvée (illégalité en soi) pour obtenir une condamnation. Il n'est alors pas nécessaire de démontrer que la concurrence a été réduite. Dans les deux cas, la Couronne doit prouver l'infraction selon la norme pénale de preuve, à savoir « au-delà de tout doute raisonnable ». Si ces dispositions étaient retranchées du cadre pénal et ajoutées à l'article 79, le Tribunal devrait prendre en considération les effets sur la concurrence ou les efficiences de la

pratique et établir sa détermination en conséquence. Il en résulterait, selon le Comité, une meilleure manière de traiter ces pratiques, une manière plus compatible avec la saine analyse économique. Toutefois, si ces pratiques sont considérées comme des affaires civiles, il importe de préciser le critère unique qui s'appliquera à toutes les demandes présentées aux termes de l'article 79.

Les obstacles à la création, sous le régime de l'article 79, d'un critère unique qui permettrait de traiter les pratiques dans un cadre à la fois pénal et civil, ne sont peut-être pas aussi importants dans la pratique que ne le laisse croire la législation. En ce qui concerne l'alinéa 50(1)*a*) et les articles 51 et 61, le Comité s'est déjà prononcé pour que ces pratiques soient assujetties à un critère de diminution sensible de la concurrence. Leur simple déplacement vers l'article 79 aurait cet effet. Pour sa part, le Bureau ne semble pas avoir poursuivi les cas de conduite qui n'empêchent pas ou ne réduisent pas sensiblement la concurrence; cela permet de croire qu'une telle modification correspondrait à l'actuelle pratique d'application.

En fait, la Cour suprême du Canada nous a dit qu'il nous fallait un degré supérieur de puissance commerciale à cause de la présence des mots « sensiblement ou complètement ». Par conséquent, si nous éliminons cette expression, nous aurons tout simplement l'exigence générale en matière de puissance commerciale que nous avons dans le contexte de toutes les autres dispositions de la Loi qui renferment ce critère de réduction sensible de la concurrence, ce qui est un plus seuil bas, et qui est le même que celui qui figure à l'heure actuelle dans la disposition relative aux prix d'éviction. Vous ne perdriez donc rien en optant pour les dispositions en matière d'abus de position dominante. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 59:13:00]

De plus, les Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante du Bureau semblent indiquer que le Bureau ne voit pas de différence marquée entre les deux seuils. Cette déduction découle de ce que l'on trouve la même limite « refuge » de 35 % pour une entreprise unique dans la directive intitulée *Prix d'éviction : Lignes directrices pour l'application de la Loi*, à caractère pénal et dans le document *Fusionnements — Lignes directrices pour l'application de la Loi*, à caractère civil. Cela donne donc à penser que la modification ne ferait que préciser la *Loi* et la rendre plus simple à appliquer, sans en modifier la substance.

En ce qui concerne le critère de l'élimination d'un concurrent, prévu aux alinéas 50(1)*b*) et 51(1)*c*), aux yeux du Comité, il est contraire à l'esprit de la *Loi sur la concurrence*, qui consiste à protéger le processus de la concurrence et non les concurrents pris individuellement. De plus, les documents du Bureau *Prix d'éviction : Lignes directrices pour l'application de la Loi* et les « lignes directrices sur l'abus de position dominante » montrent clairement que l'analyse du Bureau concerne d'abord l'effet probable d'une conduite sur la concurrence, et non pas sur

tel ou tel concurrent. Le fait de déplacer ces pratiques pour les faire entrer dans le champ de l'article 79 les assujettirait au critère de la diminution sensible de la concurrence et à la norme civile de preuve. Cela supprimerait l'effet paralysant qui découle actuellement du traitement pénal de ces pratiques, puisqu'elles feraient dorénavant l'objet d'un traitement plus approprié, c'est-à-dire qui prendrait en considération les éventuels gains d'efficience.

Pour toutes ces raisons, le Comité recommande :

24. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* en supprimant l'alinéa 79(1)*a*).

Une telle modification rendrait le libellé de l'article 79 plus compatible avec la notion de puissance commerciale telle qu'elle a évolué au fil des interprétations judiciaires.

Je pense que nous avons un très bon cadre touchant l'abus de position dominante, qui s'applique à la plupart des secteurs, et les dispositions sur les fusions sont applicables également. Les lignes directrices sur l'abus qui viennent d'être publiées sont excellentes. Elles sont exceptionnelles. Il faut en féliciter le Bureau. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:15]

En terminant, un mot sur les lignes directrices. Le Comité reconnaît que les actuelles lignes directrices sur l'abus de position dominante pourraient devoir être révisées et élargies afin de tenir compte du champ d'application plus étendu de l'article 79. De nombreux problèmes devront peut-être être résolus, par exemple, la part de marché minimale pour l'évaluation du contrôle du marché, le meilleur cadre pour analyser les cas où la discrimination par les prix et l'imposition verticale de prix constituent des agissements anticoncurrentiels, de même que la façon appropriée de traiter les pratiques d'éviction dans un contexte civil. En conséquence, le Comité recommande :

25. Que le Bureau de la concurrence adapte ses *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* afin de tenir compte de l'adjonction des pratiques anticoncurrentielles en matière de prix (alinéas 50(1)*a*) et 50(1)*c*) et article 61) à l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*.

CHAPITRE 7: EXAMEN DES FUSIONS

Processus d'examen des fusions

La *Loi sur la concurrence* prévoit l'examen en droit civil des fusions (articles 91 à 96) par le Tribunal de la concurrence. À la suite d'une demande du commissaire de la concurrence, le Tribunal peut rendre une ordonnance d'interdiction ou de dessaisissement à l'égard d'une fusion jugée susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Toutefois, avant que le Tribunal ne rende, modifie ou refuse de rendre cette ordonnance, un processus d'examen bien établi doit suivre son cours. Comme point de départ, le Comité fera un rapide survol du processus d'examen des fusions en fournissant les renseignements nécessaires pour commenter le fonctionnement et la mise en application des dispositions de la *Loi* en la matière.

Par ailleurs, sur le plan de l'application de la loi, on déplore beaucoup dans les milieux d'affaires que la jurisprudence se limite à un petit nombre d'affaires et que le public en général ainsi que les entreprises, les consommateurs et les juristes soient si mal renseignés sur la manière dont les décisions sont prises. Cette question a sans doute été davantage débattue que les recours privés, et je pense qu'il est temps d'instaurer un mécanisme officiel de publication des décisions. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

L'article 91 de la *Loi sur la concurrence* définit le «fusionnement» comme l'acquisition ou l'établissement, directement ou indirectement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une entreprise. La principale question dans le cadre de cet article est de savoir comment interpréter l'expression « intérêt relativement important », qui est censée s'appliquer lorsqu'une personne acquiert ou établit la capacité d'influencer concrètement le comportement économique de l'entreprise d'une autre personne (c'est-à-dire bloquer les résolutions des administrateurs ou prendre des décisions exécutoires en matière d'établissement des prix, d'achat, de distribution, de commercialisation ou d'investissement). En général, la détention directe ou indirecte de moins de 10 % des actions comportant droit de vote n'est pas considérée comme un intérêt relativement important. Toutefois, un intérêt relativement important peut être acquis ou établi en vertu d'une convention des actionnaires, d'un contrat de gestion et d'autres accords contractuels mettant en cause des entités constituées ou non en société.

L'Union européenne a un mécanisme selon lequel, même lorsqu'une transaction n'est pas contestée, une décision est publiée décrivant les modalités de l'étude effectuée par la commission, ses conclusions, quels éléments ont été jugés importants et non importants. Je pense que ce serait là un service d'information publique très utile que le Bureau pourrait rendre. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

Dans les affaires de fusions, le Bureau publie en effet les différents éléments de sa décision. Ce que disent les gens, c'est qu'il n'y a pas forcément suffisamment d'analyse de base pour nous permettre de juger de l'affaire suivante. La question, cependant, est de savoir combien de renseignements confidentiels ayant donné lieu à l'analyse vous pouvez divulguer. [Robert Russell, Borden Ladner & Gervais, 59:12:05]

En général, la fusion est jugée susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence lorsque les parties seront vraisemblablement mieux en mesure d'exercer pendant deux ans au moins une puissance commerciale nettement supérieure sur une part sensible du marché. La puissance commerciale peut s'exercer de façon unilatérale ou interdépendante avec d'autres concurrents et elle est déterminée conformément aux mécanismes de filtrage suivants :

1. Le Bureau définit les marchés pertinents, dans chacun desquels il détermine les produits et les services de remplacement des rivaux des parties à la fusion tant sur le plan du produit que sur le plan géographique. Il s'agira de tous les produits et les services vers lesquels les clients se tourneraient probablement en réponse à une hausse sensible non transitoire du prix ou à une réduction de la qualité et de la variété des produits ou des services offerts par les parties à la fusion (ce qu'on appelle le critère du « monopoleur hypothétique » fondé sur une hausse du prix de 5 % pendant deux ans au moins). Comme la dimension géographique du marché est déterminée de façon semblable, il est probable que différents produits n'auront pas la même aire géographique.

Lorsque vous êtes assis dans une salle en train de négocier le règlement, vous parlez également de ce qui peut être publié, et cela peut être une entrave quant à la solution. Si vous devez vous défaire d'un élément d'actif essentiel, si vous divulguez trop de renseignements, cela devient une braderie, ce qui rend plus difficile le règlement du problème. Si vous allez me donner un cent pour mon élément d'actif ou 100 millions de dollars pour ce même élément, il y aura des négociations différentes en vue d'un règlement. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 59:12:10]

2. Le Bureau calcule et analyse la part de marché et les seuils de concentration pour déterminer les marchés peu susceptibles d'être anticoncurrentiels. Les marchés qui ne dépassent pas les seuils requis (les « zones sûres ») sont éliminés. Le seuil de l'exercice unilatéral de la puissance commerciale est fixé à 35 % de la part de marché pro forma que détiennent les parties après la fusion (chiffre d'affaires ou capacité de production). Le seuil de l'exercice interdépendant de la puissance commerciale comporte une part de marché de 65 % détenue par les quatre plus grandes entreprises sur le marché d'après la fusion et une part de marché de 10 % détenue par l'une ou l'autre des parties à la fusion[28].

3. Comme la *Loi* interdit au Tribunal de conclure qu'un projet de fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence en raison seulement de la concentration

---

28 Il n'y a pas de justification économique à ces seuils. En somme, un processus efficace d'examen des projets de fusion exige des repères de part de marché, mais la raison pour laquelle ces seuils ont été choisis plutôt que d'autres n'a jamais été éclaircie.

ou de la part du marché, il est procédé à une analyse complète des effets sur la concurrence dans les marchés où la part de chiffre d'affaires ou de production des parties dépasse les seuils de « zone sûre ». Le Bureau tient compte des nombreux facteurs énumérés à l'article 93, entre autres la concurrence étrangère, la disponibilité de produits de substitution acceptables, les entraves à l'accès au marché, les avantages absolus en termes de frais, les coûts irrécupérables, le temps qu'il faudrait à un concurrent potentiel pour devenir efficace, la concurrence réelle qui reste, la disparition d'un concurrent dynamique et efficace, les changements et les innovations, la défaillance ou la disparition d'entreprises.

4. La *Loi* reconnaît que les changements dans la réglementation, les progrès technologiques et la mondialisation auront des répercussions sur la structure de l'industrie. Si les conditions de l'exception des gains d'efficience (article 96) sont réunies (il faut que les économies découlent d'une réduction des coûts et non d'une augmentation du pouvoir d'achat permettant d'obtenir de meilleurs prix d'un fournisseur et que les gains d'efficience ne puissent pas être atteints sans la fusion), ce qui veut dire que les gains en efficience «neutraliseraient» ou «surpasseraient» les effets anticoncurrentiels, le Bureau ne s'occuperait plus de la fusion. C'est aux parties à la fusion qu'il incombe de prouver devant le Tribunal que cette exception s'applique.

Avec le critère du surplus total, il serait interdit au Tribunal de la concurrence de rendre une crdonnance à l'égard d'une fusion anticoncurrentielle s'il constatait que l'effet global de la fusion sur l'économie est susceptible d'être bénéfique. En d'autres termes, si le gain que procureraient aux producteurs les économies et autres gains d'efficience découlant de la fusion était supérieur à la perte qu'occasionnent à la société les effets anticoncurrentiels, le Tribunal ne rendrait pas d'ordonnance. Dans cette analyse très compliquée, les transferts de richesse des consommateurs aux producteurs sont considérés comme n'ayant pas d'effet sur le niveau global de la richesse dans l'économie. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:11:55]

Examen des fusions ✦Charge de travail et normes de service

Presque tous ceux qui ont témoigné devant le Comité admettent que le Bureau a fait face à un nombre sans précédent d'examen de fusions au cours des dernières années, ce qui exerce une pression extraordinaire sur le personnel de la Direction des fusionnements. Le tableau 7.1 contient les données propres à justifier la première partie de cette assertion. Mis à part la titralisation d'éléments d'actif (qui n'ont pas besoin de faire l'objet d'un avis depuis 1999), il y a eu environ 340 dépôts d'avis de fusionnement par an au cours des quatre dernières années, soit une augmentation de plus de

J'ai proposé à cet égard un délai initial d'un mois, suivi par une échéance de quatre mois. Si, après le premier mois, le Bureau n'ouvre pas une enquête approfondie, la fusion est considérée comme approuvée. Si une enquête est ouverte, intervient ensuite un délai fixe [...] de quatre mois pour la mener à bien. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:20]

70 % de la moyenne d'environ 200 par an enregistrée dans la première moitié des années 90. La tendance a donc été nettement à la hausse au cours de la décennie écoulée, mais aussi au cours des cinq dernières années, le nombre record de 373 dépôts d'avis de fusionnement ayant été atteint en 2000-2001.

J'ai déjà recommandé que, dans le domaine de l'examen des fusions, des échéances soient inscrites dans la loi de façon à ce que les gens d'affaires proposant des fusions, les tierces parties intéressées par des transactions et intervenant devant le Bureau, et les membres du Bureau lui-même sachent qu'il y a des délais fixes, et ce en remplacement des lignes directrices prescrivant de simples normes de service qui ont cours actuellement. Cela favoriserait la certitude décisionnelle. [Calvin Goldman, Davies, Ward & Beck, 59:09:15]

Tableau 7.1
Nombre de transactions (%) de 1995-2001

Activité	1995-1996	1996-1997	1997-1998	1998-1999	1999-2000	2000-2001
Dépôts d'avis de fusionnement	57	58	84	109	92	73
Demandes de certificats de décision préalable	117	181	219	174	209	256
Autres examens	17	23	17	26	60	45
Sous-total	**191**	**262**	**320**	**309**	**361**	**373**
Titralisations	36	52	72	52	64	0
Total	**227**	**314**	**392**	**361**	**425**	**373**

Source : Bureau de la concurrence, Direction des fusionnements, *Rapport sur le rendement de l'examen des fusionnements juin 2001*, 2001.

Maintenant que cette vague de fusions commence à retomber, il sera intéressant de voir comment les ressources seront réaffectées. Il est vrai que, dans ces conditions, d'autres domaines d'activité, tels que les pratiques examinables en droit civil et les complots, ont disposé de moins de moyens que dans d'autres pays. [Margaret Sanderson, Charles River Associates, 59:11:20]

Les données communiquées au Comité étayent la seconde partie de l'assertion. Le personnel de la Direction des fusionnements comptait en moyenne 38 années-personnes équivalents temps plein au début des années 90, mais ce chiffre est passé graduellement à 57 en 2000-2001. Il a donc augmenté d'un peu moins de 50 % par rapport au début des années 90, soit beaucoup moins que le taux de croissance de plus de 85 % du nombre des dépôts d'avis de fusionnement au cours de la même période.[29] En outre, le tableau 7.2 indique que les fusions que le Bureau examine sont de plus en plus complexes. Le nombre des fusions complexes et celui des fusions très complexes, qui exigent de plus en plus de ressources, ont augmenté de 4 % au cours des quatre dernières années. Bien que les fusions non complexes comptent encore pour 80 à 90 % du nombre des examens, leur nombre par

[29] Bureau de la concurrence, Direction des fusionnements, Rapport sur le rendement de l'examen des fusionnements, juin 2001, 2001.

rapport à l'ensemble des examens menés par le Bureau diminue sensiblement depuis quatre ans. Selon le Bureau, cette tendance est largement due à la mondialisation et aux complexités inhérentes aux fusions internationales.

Tableau 7.2
Nombre et pourcentage de cas selon la complexité (%) (1997-2001

Source : Bureau de la concurrence, Direction des fusionnements, *Rapport sur le rendement de l'examen des fusionnements, juin 2001*, 2001.

Complexité	1997-1998	1998-1999	1999-2000	2000-2001
Non complexe	68 (89%)	212 (77%)	232 (80%)	282 (81%)
Complexe	8 (11%)	56 (20%)	49 (17%)	53 (15%)
Très complexe	0 (0%)	6 (2%)	8 (3%)	14 (4%)
Total	76 (100%)	274 (100%)	289 (100%)	349 (100%)

La charge de travail du Bureau a fortement augmenté au cours des quelques dernières années. Malheureusement, nos ressources n'ont pas fait de même. Lors d'un récent sondage auprès de cinq autorités antitrust, il s'est avéré que notre Bureau avait le deuxième plus faible niveau de financement. Pourtant, nos besoins continuent d'augmenter, en grande partie en raison de la mondialisation et de notre mandat élargi. Il y a 10 ans, la grande majorité des affaires examinées par le Bureau étaient de nature nationale. Aujourd'hui, une grande partie de nos dossiers ont une dimension internationale. Cela se traduit par un nombre croissant de fusionnements intéressant plusieurs autorités antitrust et de cartels internationaux. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:09:10]

Les revenus tirés de la tarification de l'examen des fusions ont diminué sensiblement les contraintes budgétaires du Bureau sans pour autant les éliminer. Le Bureau estime que les revenus tirés de la tarification des avis de fusionnement, des certificats de décision préalable et des avis consultatifs atteindront plus de 8,4 millions de dollars en 2000-2001, dont 7,5 millions seront accessibles au Bureau, le reste revenant au Trésor public. Comme les coûts directs de l'examen des fusions sont estimés à 9,5 millions de dollars en 2000-2001, les revenus n'assurent manifestement pas l'autofinancement.

En 1997, en même temps qu'il a commencé à tarifer certains services, le Bureau a établi et s'est engagé à respecter des normes de service en matière d'examen des fusions. Voici les délais qu'il s'est fixés : fusionnements non complexes, 14 jours; fusionnements complexes, 10 semaines; fusionnements très complexes, 5 mois. Bien que le Bureau ait à l'occasion respecté ces délais dans 100 % des cas, son niveau de performance a fluctué depuis 1997 sans que se dessine une tendance. En 2000-2001, il a respecté les trois délais dans 95,7 %, 92,5 % et 100 % des cas respectivement. Les délais d'exécution moyen et médian des examens de fusions ont tout le temps été plus courts que la norme établie. Cependant,

tous les ans depuis 1997, un nombre relativement petit d'examens l'ont largement dépassée. Ces cas de piètre performance semblent être des cas isolés qui ne sont pas attribuables au mauvais fonctionnement du système, mais plus probablement à l'erreur humaine, soit de la part du personnel du Bureau et des parties aux fusions. Selon le Comité, cette performance et les normes de service sont raisonnables. Certains se sont plaints du processus d'examen des fusions auprès du Comité, mais ce n'était pas à ce sujet.

Le Comité croit que les procédures courantes du Bureau ne sont pas la cause des longueurs dont les gens se plaignent à propos de certains examens de fusion. C'est plutôt seulement lorsque le commissaire se trouve face à des questions non résolues dans un projet de fusion et que d'intenses négociations commencent en vue de restructurer le projet ou lorsqu'on cherche à obtenir une ordonnance par consentement ou qu'une poursuite sera entamée devant le Tribunal que les examens tendent à s'embourber. Par conséquent, le Comité ne voit aucun avantage à inscrire dans la *Loi* des délais plus stricts en matière d'examen de fusion comme le proposent certains observateurs. Il estime même que des délais imposés par la *Loi* risquent de faire plus de tort que de bien. Si le délai était inviolable, le Bureau serait forcé de travailler plus intensément dans des affaires qui sont susceptibles de se heurter à des difficultés et d'entraîner des retards, ce qui priverait de ressources d'autres examens et retarderait les fusions moins problématiques. En fait, des délais stricts ou imposés par la *Loi* auront pour effet de comprimer la répartition dans le temps des dossiers classés, mais seulement au prix d'un allongement du délai d'exécution moyen.

De son point de vue, le Bureau de la concurrence a des ressources limitées... Comme il est en fait passablement à court de ressources, il doit prendre des décisions responsables concernant leur déploiement. Il a actuellement des critères de filtrage qui feraient pencher ses décisions en faveur des cas qui ont un large impact économique. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:10:10]

Bilan de la mise en application de la *Loi* en matière de fusions

Le caractère inattendu et incontrôlable du nombre des fusions à examiner, lequel augmente plus vite que le personnel, joint aux brefs délais d'exécution assurés par le Bureau peut donner l'impression que la *Loi* n'est pas mise en application avec toute la vigueur nécessaire. Le Comité enquêtera là-dessus.

Le tableau 7.3 offre le bilan statistique de la mise en application de la *Loi sur la concurrence* en matière de fusions.[30] Il s'agit du bilan complet du Bureau pour la période 1986-2000, mais les données sont ventilées en trois périodes de quatre ans afin qu'il soit possible de dégager les tendances tout en surmontant le problème de petits nombres dont elles souffrent. Il en ressort clairement qu'il y a eu pendant les quatre dernières années presque autant d'examens de fusion que dans les deux périodes de quatre ans précédentes. C'est à peu près tout ce qu'on peut constater avec un degré de certitude aussi élevé.

Tableau 7.3
Fusions – Mise en application de la *Loi sur la concurrence* 1986-2000

Années financières	1986-1992	1993-1996	1996-2000	1986-2000
Examens entrepris	798	816	1,492	3,292
Dossiers classés				
Ne posant pas de problème en vertu de la loi	736	776	1,443	3,094
Exigeant une surveillance	38	8	3	61
Restructuration avant la réalisation	1	-	3	6
Restructuration après la réalisation	6	-	10	19
Ordonnance de consentement	3	-	5	8
Poursuite	1	3	2	6
Projet de fusion abandonné par les parties en raison de la position prise par le directeur/commissaire	6	12	4	27
Fusions posant un problème/ Dossiers classés	6.9%	2.9%	1.8%	3.9%
Fusions posant un problème (sans les cas de surveillance)/Dossiers classés	2.1%	1.9%	1.6%	2.0%
Abandon de fusion/ Fusions posant une menace	0.82%	1.55%	0.28%	0.87%

Source : Bureau de la concurrence, *Rapport annuel du commissaire de la concurrence*, diverses années.

Dans presque tous les cas dont le Tribunal a été saisi au cours de la période de 15 ans depuis sa création et la décriminalisation des dispositions en matière de fusion, il s'agissait de fusions déjà réalisées. Dans ces conditions, les parties à la fusion avaient toutes les raisons du monde de faire le gros dos et de se battre. En revanche, les gens d'affaires n'ont aucunement le goût de s'engager dans une poursuite lorsque leur opération n'a pas été réalisée. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:09:55]

Le Comité commencera son enquête en examinant s'il est vrai, comme on s'en plaint constamment, qu'il en coûte de plus en plus cher de faire appel au Tribunal. Plus

[30] Comme les données de l'année financière 2000-2001 n'englobent pas la titralisation d'éléments d'actif, elles ne sont pas directement comparables.

Nous pouvons nous pencher sur n'importe quelle fusion, quelle que soit la taille des entreprises visées. La question de la taille intervient si on est obligé de nous notifier. [...] J'imagine que le principe est le suivant — c'est un compromis — si tout était gratuit en ce monde, on pourrait exiger une notification dans tous les cas de fusion. Mais étant donné ce qu'il en coûte, il faut établir un certain seuil avant d'imposer un processus de notification, et voilà pourquoi il y a un seuil pour la notification. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:09:30]

le coût des poursuites augmente, plus le Bureau et les parties à un projet de fusion tendraient à éviter les poursuites et à recourir à d'autres solutions. Tout en reconnaissant qu'il peut y avoir d'autres explications à la tendance à la baisse du nombre de fusions contestées – surtout si l'on fait intervenir dans l'analyse des données qualitatives – le Comité estime que, bien que limitées, les données tendent (indirectement) à justifier la plainte. Quatre fusions contestées sur 1 614 fusions examinées ont été soumises au règlement du Tribunal dans les deux périodes de quatre ans commençant en 1988 et finissant en 1996. Comme il y a eu 1 492 examens de fusions dans la période 1996-2000, le Tribunal aurait dû, à supposer une mise en application de la *Loi* aussi vigoureuse, être saisi de quatre fusions contestées pendant cette période; or, il n'y en a eu que deux. Par conséquent, le comportement du commissaire et des parties aux projets de fusion donne à penser qu'il en coûte plus cher de faire appel au Tribunal.

La grande majorité des fusions ne posent ni menace ni problème en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Donald G. McFetridge signale qu'environ 1,6 % des fusions publiquement déclarées (7, 5 % de celles qui ont été examinées) entre 1986 et 1994 posaient un problème en vertu de la *Loi*.[31] Selon le tableau 7.3, le nombre des questions soulevées dans les cas de fusion a encore diminué dans la dernière moitié des années 90. Quand on écarte les cas de fusion où le commissaire a opté pour la surveillance – parce qu'ils n'ont jamais été contestés ou remis en examen – le nombre des cas de fusion qui posaient un problème en vertu de la *Loi* compte en moyenne pour 2 % seulement des examens entrepris par le Bureau.

Le problème, ce ne sont pas seulement les droits de dépôt. Si vous déposez un avis, vous devez retenir les services d'un avocat, fournir des renseignements et avoir un bon conseiller. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:09:30]

Le Comité trouve plutôt curieux que, sauf pour les poursuites, toutes les mesures de mise en application ont perdu la faveur du commissaire (alors directeur) au milieu des années 90. Cependant, sauf pour la surveillance, toutes les mesures de mise en application, comme la restructuration antérieure ou postérieure à la réalisation et l'ordonnance par consentement, sont revenues en faveur. En outre, le Comité trouve inquiétant que le nombre des

31 Donald G. McFetridge, *Enjeux liés à la politique sur la concurrence*, Document de recherche préparé pour le Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadiens, septembre 1998, p. 11.

fusions abandonnées par les parties en raison de la position prise par le commissaire ait diminué sensiblement vers la fin des années 90. Par exemple, 18 projets de fusion sur 1 614 dossiers de fusion examinés par le Bureau ont été abandonnés par les parties dans les deux périodes de quatre ans commençant en 1988 et finissant en 1996. Comme il y a eu 1 492 examens dans la période 1996-2000, le nombre d'abandons aurait dû, à supposer une mise en application de la *Loi* aussi vigoureuse de la part du commissaire, être le même, soit 18, dans cette période; or, il n'y en a eu que 4, moins d'un quart du chiffre auquel on aurait pu raisonnablement s'attendre.

Si les parties à de petites transactions [des fusions, par exemple [veulent aller de l'avant sans notifier le Bureau de la concurrence et essaient d'échapper au radar, elles doivent espérer que le Bureau de la concurrence ne s'en apercevra pas avant trois ans, délai à l'intérieur duquel le Bureau peut encore présenter une demande au Tribunal et imposer un dessaisissement. C'est là un risque énorme que les gens d'affaires ne sont habituellement pas prêts à courir. Ce qui fait que j'ai souvent plusieurs affaires en marche qui comportent des transactions qui ne sont inférieures aux seuils de notification, sauf que les parties veulent néanmoins obtenir des assurances du côté du Bureau de la concurrence sous forme d'une lettre de non-intervention ou d'un certificat de décision préalable avant d'engager leur argent dans l'opération. [Paul Crampton, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, 65:10:10]

Les données suggèrent au Comité trois explications possibles : 1) les fusions se font moins problématiques sur le plan de la concurrence; 2) les milieux d'affaires en général en sont venus à la conclusion, au cours des cinq dernières années, que le commissaire applique vigoureusement la *Loi* et qu'il consent de plus en plus à imposer d'autres engagements restrictifs comme condition de réalisation des fusions; ou 3) les milieux d'affaires en sont venus à la conclusion, au cours des cinq dernières années, que le budget du commissaire ne lui permet pas d'appliquer vigoureusement la *Loi* et qu'il doit céder aux parties en cherchant des méthodes non vigoureuses de mise en application de la *Loi* plutôt que d'engager une procédure coûteuse devant le Tribunal.

En l'absence de données qualitatives sur ces fusions, le Comité ne peut pas tirer de conclusions probantes. Néanmoins, il craint que la troisième hypothèse ne soit la bonne et n'explique, au moins en partie, la diminution du nombre des abandons de projet de fusion. En fait, et c'est un peu paradoxal, le manque de renseignements sur les fusions auxquelles le commissaire ne s'oppose pas afin d'empêcher la publication de données commerciales privées et stratégiques a peut-être pour effet de mieux le protéger sur le plan de la reddition de comptes [état de choses dont se plaint depuis longtemps la collectivité des spécialistes du droit de la concurrence.

Quoi qu'il en soit, si l'on veut que les dispositions de la *Loi* en matière d'examen des fusions soient vigoureusement appliquées, il faut doter le Bureau des ressources nécessaires et lui permettre d'être plus sélectif

dans l'examen des fusions susceptibles de poser un problème sur le plan de la concurrence [recommandations que le Comité fait siennes.

Seuils d'examen

Ce n'est pas d'hier qu'on soutient que le Bureau ne dispose pas des moyens nécessaires pour assurer une application optimale de la *Loi* dans certains cas de fusion. En fait, la collectivité des spécialistes du droit de la concurrence a sensibilisé le Comité à ce fait depuis qu'il a entrepris son étude sur la *Loi sur la concurrence* et publié son *Rapport intérimaire*. C'est parce qu'il désirait une évaluation plus complète englobant d'autres répercussions importantes sur la mise en application de la *Loi* que le Comité s'est contenté de demander que des ressources supplémentaires soient accordées au Bureau. Étant donné la préoccupation exprimée dans la section précédente, le Comité est maintenant disposé à évaluer des propositions précises portant de relever les seuils d'examen des fusions comme moyen de concentrer des ressources rares sur l'examen des grandes fusions et la mise en application d'autres aspects de la *Loi*.

Une solution [...] est la majoration des seuils afin de les aligner sur la valeur économique du seuil au moment de son introduction en 1988. On a mis en place en 1988 un seuil de 35 millions de dollars pour la valeur des transactions. [...] Dans l'intervalle, l'érosion monétaire a été de plus de 30 p. 100, et si l'on rajustait le seuil, 40 p. 100 des fusions n'auraient plus besoin d'être examinées, ce qui libérerait beaucoup de personnel pour faire un autre travail. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:09:25]

Depuis l'adoption de la *Loi sur la concurrence* en 1986, les parties à une grande fusion, c'est-à-dire une fusion d'une taille définie par la *Loi*, sont tenues de notifier le commissaire avant de conclure la transaction. Bien que tous les projets de fusion puissent être examinés par le commissaire, seuls ceux (acquisition d'éléments d'actif ou d'actions) dans le cadre desquels le revenu brut annuel provenant de ventes, au Canada ou en provenance du Canada, s'élève à plus de 35 millions de dollars ou les éléments d'actifs ou le chiffre d'affaires réunis (y compris les filiales) au Canada s'élèvent à plus de 400 millions de dollars doivent être notifiés au commissaire. Le seuil d'examen des regroupements est de 70 millions de dollars. Les seuils relatifs au chiffre d'affaires brut et aux éléments d'actif réunis sont restés inchangés depuis 1986.

Entre 1986 et 2001, l'inflation a été de plus de 40 % (suivant l'indice des prix à la consommation). Par conséquent, les seuils de 35 et de 400 millions de dollars ont assujetti à la *Loi* un nombre plus grand de fusions que celui auquel pensait le Parlement au moment de l'adoption

de la *Loi*. En fait, le nombre peut-être excessif des fusions devant automatiquement faire l'objet d'un examen a peut-être empêché une mise en application optimale de *Loi* : le Bureau indique que le seuil de 35 millions de dollars relatif au revenu brut annuel provenant des ventes est particulièrement astreignant. En d'autres termes, certaines ressources consacrées actuellement à l'examen des fusions pourraient être mieux employées à d'autres activités, à savoir examiner des fusions de plus grande envergure ou faire respecter d'autres dispositions de la *Loi*.

Sur le plan de l'application de la loi, j'aimerais que le Bureau prête davantage attention aux autres dispositions de la loi, et peut-être répugne un peu moins à prendre des risques sur le plan des fusions. Quelqu'un a également préconisé ce matin une majoration des seuils. Cela aussi serait utile. [George Addy, Osler, Hoskin & Harcourt, 59:11:15]

Le Bureau a obtenu pour le Comité des données qui indiquent qu'environ une fusion sur dix examinées par la Direction des fusionnements au cours de l'année écoulée se situait entre 35 et 50 millions de dollars. Cette statistique implique que le relèvement du seuil à 50 millions réduirait le nombre total des dépôts d'avis de fusion d'environ 40 par an. Nous n'avons malheureusement pas pu déterminer combien de ces fusions posaient un problème en vertu de la *Loi*. Néanmoins, étant donné l'écart entre les revenus de la tarification et les coûts directs de l'examen des fusions et l'opinion du Comité qu'il existe des besoins plus pressants en matière de mise en application dans d'autres secteurs d'activité, nous croyons qu'il vaudrait mieux faire passer le seuil des transactions de 35 à 50 millions de dollars. Le Comité recommande donc :

26. Que le gouvernement du Canada modifie l'article 110 de la *Loi sur la concurrence* pour que les parties à une fusion (acquisition d'éléments d'actif ou d'actions) dans le cadre de laquelle le revenu brut provenant de ventes, au Canada ou en provenance du Canada, s'élève à 50 millions de dollars et plus soient tenues d'aviser le commissaire de la concurrence de la transaction.

Il existe deux seuils, selon l'ampleur de la transaction et la taille des parties en cause. Nous croyons qu'il faudrait hausser le seuil des transactions, qui est actuellement de 35 millions de dollars. Le seuil de la taille des parties, qui est de 400 millions de dollars, est beaucoup plus élevé. Nous croyons qu'il serait possible de hausser le premier, mais pas le second, à peu près en fonction de l'inflation depuis que la loi a été adoptée, ce qui nous amènerait à environ 50 millions de dollars. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:09:30]

En outre, comme le Comité croit qu'il y a avantage à officialiser ces dispositions, il recommande :

27. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* de manière que les seuils de notification des articles 109 et 110 fassent l'objet d'un examen parlementaire dans les cinq ans et tous les cinq ans par la suite afin d'assurer une mise en application optimale de la *Loi sur la concurrence*.

D'un point de vue historique, dans les pays qui ont eu de puissantes lois sur la concurrence comme les États-Unis comme dans les pays qui ont eu de faibles lois sur la concurrence comme le Japon, on a constaté qu'elles n'engendraient pas des économies très productives et efficientes lorsqu'elles n'encourageaient pas la concurrence et n'assuraient pas la réalisation de gains d'efficience et de productivité. Par conséquent, quand on examine les cas, ce n'est pas seulement le consommateur ou la petite entreprise qui compte, mais l'économie canadienne et ce qui profite aux consommateurs dans leur ensemble. [Robert Russell, Borden, Ladner & Gervais, 65:10:15]

L'analyse des gains d'efficience en droit de la concurrence dans ce pays est loin d'être au point, c'est le moins que l'on puisse dire. Nous avons connu 15 années ou plus de ballet à ce sujet et n'avons toujours rien de praticable. Si vous optez pour une refonte de l'article 45, réfléchissez au critère civil. [Donald McFetridge, Université Carleton, 59:10:05]

Une partie des lignes directrices sur l'examen des fusionnements concerne l'efficience et a été rédigée il y a des années, avant la cause Superior Propane. Ce sont des dispositions que nous avons en fait supprimées. Le jugement rendu par la Cour d'appel au sujet de Superior Propane les a annulées. À un moment donné, lorsque cette cause sera réglée, nous devrons réviser nos lignes directrices car de toute évidence elles ne sont plus fiables. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:10:00]

Fusions et gains d'efficience

Notre *Loi sur la concurrence* se distingue de celle des autres pays par l'article 96. En voici le libellé : « Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance si le fusionnement entraîne des gains en efficience qui surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence »; selon certains, cette disposition correspond à ce qu'on appelle le « critère du surplus total ».

La *Loi* explique assez longuement ce qui doit ou ne doit pas être considéré comme un gain d'efficience. Elle dispose, par exemple, que les « gains d'efficience » à considérer sont ceux qui « ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue »; c'est-à-dire qu'ils doivent être liés à la fusion en question. Il s'ensuit que, si les gains d'efficience pouvaient être réalisés d'une manière qui cause moins de tort anticoncurrentiel que ne le ferait la fusion, ils ne seraient pas attribués à la fusion. Ce serait le cas, par exemple, des gains d'efficience pouvant se produire par suite de la croissance interne ou d'une rationalisation unilatérale. En revanche, il peut exister des moyens coopératifs de réaliser les gains d'efficience, comme la coentreprise ou le fusionnement restructuré, qui auraient moins d'effets anticoncurrentiels. Enfin, les gains d'efficience doivent être réels et non pas seulement pécuniaires; c'est-à-dire que la fusion doit entraîner de réelles économies de ressources et ne pas découler d'un pouvoir de négociation ou d'achat accru qui a essentiellement un effet de redistribution entre les membres de la société.

Le Canada est le seul pays, à ce qu'on sache, dont la loi sur la concurrence exige que les gains d'efficience susceptibles de découler d'une fusion soient mis en balance avec les effets anticoncurrentiels probables de la fusion. Cette approche se situe à mi-chemin entre celle de l'Union européenne, où les parties à la fusion sont invitées à faire état de gains d'efficience éventuels que le Groupe de travail sur les fusions examine (ce qui introduit du lobbying dans le processus), et celle des États-Unis, où il faut que les gains d'efficience soient à ce point importants que les prix n'augmenteront pas par suite de la fusion proposée (ce qu'on appelle «le critère du prix»). Rétrospectivement, cette approche n'est pas déraisonnable et est même peut-être

stratégiquement saine compte tenu de l'économie de marché relativement petite et ouverte du Canada.

Au sujet de la défense d'efficience en matière de fusions, je pense que le moment est venu pour le Comité de revoir l'article 96 et de réfléchir à ce qu'il signifie, à la façon dont on pourrait l'appliquer et, peut-être, donner quelques orientations, dans l'optique du Parlement, sur le critère d'efficience dans le contexte d'une fusion. [Jeffrey Church, Université de Calgary, 59:10:20]

Bien que ce moyen de défense législatif soit unique en son genre dans les pays industrialisés, son invocation depuis son introduction il y a 15 ans n'a pas été très favorable à ceux qui proposent des fusions. Le commissaire n'a pas une seule fois trouvé les gains d'efficience d'un projet de fusion suffisants pour neutraliser la diminution sensible de la concurrence constatée. Ce comportement contraste grandement avec les constatations de gains d'efficience qu'il a faites à plusieurs reprises dans les cas d'exclusivité et de vente liée. En outre, pendant cette même période de 15 ans, le Tribunal a invoqué une fois seulement (*Superieur Propane*) les gains d'efficience et en a parlé deux fois (*Imperial Oil* et *Hillsdown*). Quant aux élucidations, elles ont été pour le moins déroutantes. Juste au moment où le Tribunal acceptait les lignes directrices du Bureau sur le traitement des gains d'efficience en fonction du « critère du surplus total » (*Superieur Propane*), le Bureau les a abandonnées. Pour compliquer les choses, la Cour fédérale est intervenue et a renversé partiellement une décision du Tribunal en faveur de l'extension de l'analyse strictement quantitative du « critère du surplus total » aux effets redistributifs et autres effets qualitatifs de la fusion sans pour autant préconiser le « critère du surplus du consommateur » ni le « critère du prix » américain. Cette décision de la Cour a eu pour effet de permettre au commissaire ainsi qu'au seul juge de première instance dissident dans l'affaire *Superieur Propane* de préconiser le « critère du surplus du consommateur [32]. » Sentant que ce dernier critère rendrait l'article 96 pratiquement inopérant, la majorité du comité du Tribunal a choisi d'assortir le « critère du surplus total » d'un calcul de ce qu'on appelle les « effets sociaux néfastes » de la fusion, à savoir la richesse transférée des Canadiens « pauvres » aux actionnaires des parties à la fusion.

Nous nous demandons si les gains d'efficience surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels. En principe, cela comprend l'ensemble des effets anticoncurrentiels. Certains d'entre eux sont mesurés quantitativement, mais d'autres sont qualitatifs. [...]. Puis il y a d'autres facteurs qui sont plus qualitatifs et que vous ne pouvez pas vraiment mesurer. Pour vous donner un exemple bien simple, comment évaluer les conséquences de la perte de choix? Si vous n'avez plus qu'un fournisseur au lieu de deux, à part la question du prix, vous vous trouverez certainement désavantagé. C'est une chose qu'il n'est pas vraiment possible d'évaluer, mais dont il faut tenir compte. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 64:10:00]

---

32 Le « critère du surplus du consommateur » tient compte des gains d'efficience par rapport à la soi-disant « perte sèche » découlant du fusionnement tout comme le « critère du surplus total » ainsi que la richesse transférée des consommateurs aux actionnaires des sociétés qui fusionnent. Le « critère du surplus du consommateur » est donc plus restrictif que le « critère du surplus total ».

À mon avis, l'orientation donnée par la Cour d'appel fédérale n'est pas à la hauteur de la tâche. [...] En gros, elle déclare que, lorsque le Tribunal examine le poids accordé aux gains d'efficience, il devrait adopter une approche flexible qui ne se limite pas au critère du surplus total. [...] Elle tient compte de divers facteurs comme les effets sur la petite entreprise, la création de monopoles et peut-être les effets de redistribution des revenus. La décision de la Cour d'appel fédérale laisse passablement à désirer à certains égards. Je pense également que, défectueuse ou pas, elle ne donne pas une bonne orientation à la conduite future de la politique sur la concurrence. Je crois également qu'il y a danger que le Canada s'écarte d'une position plus favorable aux prétendus gains d'efficience que celle des États-Unis à une position moins favorable aux prétendus gains d'efficience que celle des États-Unis. [Roger Ware, Université Queen's 65:11:30]

La décision du Tribunal dans l'affaire *Superieur Propane* peut ou non être satisfaisante; on ne sait trop si des calculs aussi précis de la richesse transférée des consommateurs « pauvres » aux actionnaires des producteurs seront possibles dans l'avenir. En outre, que les intentions qu'avait le Parlement en déclarant que « les effets d'un fusionnement susceptible d'empêcher ou de diminuer la concurrence » doivent être évalués par rapport aux « gains d'efficience » fassent l'objet de tant d'interprétations donne à penser que de plus amples études d'expert s'imposent[33]. Par conséquent, le Comité recommande :

28. Que le gouvernement du Canada constitue immédiatement un groupe de travail indépendant d'experts chargé d'étudier le rôle que devraient jouer les gains d'efficience dans tous les articles de la *Loi sur la concurrence* prévoyant un examen en droit civil et que le rapport du groupe de travail soit soumis à l'examen d'un comité parlementaire dans les six mois suivant le dépôt du présent rapport.

---

33 Dans l'affaire *Superieur Propane*, le Tribunal a également reçu des témoignages en faveur du « critère du prix » du « critère du prix modifié par les États-Unis » et de l'« approche des poids compensateurs » du professeur Townley.

CHAPITRE 8 : REFUS DE VENDRE

Le Comité a entendu avec inquiétude l'Association québécoise des indépendants du pétrole (AQUIP) lui décrire l'expérience de certains de ses membres sur le marché québécois du pétrole. Il est important de bien saisir au départ que l'industrie est dans une situation unique, puisqu'elle s'occupe à la fois d'exploration, de fabrication, de vente en gros et de vente au détail. Ces sociétés intégrées verticalement sont, au niveau du détail, en concurrence avec de nombreux petits indépendants. C'est là une structure de marché unique, qui oblige les détaillants indépendants à négocier l'achat de leur produit principal directement avec leurs concurrents. La *Loi sur la concurrence* doit donc tenir compte de cette situation spécifique au secteur pétrolier et faire en sorte que les sociétés puissent s'approvisionner sans subir de discrimination.

Si ces faits, qui ont été présentés au Comité lors de ses audiences sur le projet de loi C-23, sont exacts, cela peut signifier que l'AQUIP a été victime d'un refus de vendre[34]. Toutefois, l'aspect de ce témoignage qui concerne directement le Comité se rapporte au fait que l'article 75 ne puisse pas servir à interdire ce genre de conduite. Selon l'AQUIP, un fournisseur pourrait invoquer le fait que les « conditions de commerce » (c'est-à-dire les conditions du marché) n'étaient pas « normales » pour empêcher que l'article s'applique. Le Tribunal ne serait donc pas habilité à rendre une ordonnance, puisque, selon l'AQUIP, il ne peut rendre d'ordonnance d'approvisionnement que dans des conditions « normales » de commerce.

> Nous vous soumettons que les fournisseurs de produits pétroliers n'auront qu'à illustrer qu'ils ne peuvent fournir les produits en raison de conditions de commerce anormales pour empêcher l'accès au Tribunal[35].

Il y a eu des pénuries de produits, et on a dû nous imposer un quota de 80 %, disons. Nous sommes sûrs que durant ces périodes où nous avons été coupés à 80 %, les secteurs du détail des compagnies majeures fonctionnaient encore à plein régime, sans avoir à subir ces coupures de produit. Durant ces périodes, nous avons dû réduire les inventaires de nos clients. Nous avons été chanceux que ce soit des périodes courtes d'une semaine ou deux dans les deux cas dont on parle. Dans le premier cas, ce fut un problème de froid sur le fleuve Saint-Laurent. Dans le deuxième, ce fut la tempête de verglas de janvier 1997, au Québec. Je ne sais pas si vous le savez, mais en janvier 1997, il y a eu une tempête de verglas et il y a eu un rationnement au niveau de l'approvisionnement. Dans ces deux cas, notre approvisionnement en produit a été réduit, mais nous sommes certains que les multinationales fonctionnaient alors à plein régime dans leurs réseaux de détail d'huile à chauffage et de stations-service.
[Pierre Crevier, Association québécoise des indépendants du pétrole, 40:16:20]

---

34 Bien entendu, le Comité n'est pas une cour de justice et il ne prétend nullement tirer des conclusions sur les question de fait ni sur l'application de la *Loi* dans un quelconque cas individuel. Ce sont là des sujets qui relèvent du Tribunal.

35 Mémoire présenté par l'AQUIP au Comité.

Le Comité a soigneusement réfléchi à cette analyse de l'article 75 et, en toute déférence, il ne peut pas y souscrire. Il est manifeste, si l'on considère l'article globalement, que celui-ci n'a pas été adopté pour offrir un moyen de défense aux fournisseurs peu scrupuleux, mais pour permettre à chaque client d'obtenir l'approvisionnement dont il a besoin aux mêmes conditions que les autres clients de son fournisseur. De plus, pour les raisons expliquées ci-dessous, nous pensons que le « rationnement » imposé par le fournisseur en cas de pénurie entre dans la définition des « conditions de commerce » contenue dans le paragraphe 75(3). Aussi l'article 75 devrait-il s'appliquer, de manière que chaque client puisse être approvisionné aux mêmes conditions que les autres, même lorsqu'il y a pénurie sur le marché.

La difficulté fondamentale provient du fait que, dans son analyse, l'AQUIP semble considérer les notions de « conditions de commerce » et de « conditions du marché » comme synonymes. Mais, comme le précise clairement le paragraphe 75(3), ce sont deux idées tout à fait distinctes. Une pénurie de pétrole ou une demande exceptionnellement élevée sont des *conditions* du *marché*, tandis que les conditions de commerce concernent la *transaction*. Les « conditions de commerce » dans une transaction (comme un contrat d'approvisionnement) peuvent évoluer à cause des conditions changeantes du marché : il se peut que les prix montent ou que les quantités que les fournisseurs sont en mesure de livrer soient réduites. Les conditions de commerce peuvent donc être *touchées* par les conditions du marché, ce qui montre bien qu'il s'agit de deux concepts distincts. L'AQUIP laisse entendre qu'un fournisseur pourrait invoquer des « *conditions de commerce* anormales » comme défense contre l'application de l'article 75. Mais si nous acceptons cette interprétation, nous devons admettre que l'article 75 est sans effet lorsque les conditions du marché ne sont pas normales. Cette conclusion nous porte à croire que l'interprétation est peut-être incorrecte.

En revanche, le paragraphe 75(3) confirmerait plutôt l'interprétation du Comité. Les « conditions de commerce » y sont définies comme les « conditions relatives au paiement, aux quantités unitaires d'achat et aux exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien ». L'effet du paragraphe 75(3) est double. Premièrement, il limite les

conditions de commerce que le fournisseur peut *imposer* dans le cadre de la transaction. Cela garantit que les fournisseurs n'imposeront pas de conditions de commerce « anormales » (par exemple, un rationnement) comme prétexte pour retenir le produit. Deuxièmement, il fait en sorte que tout client puisse être approvisionné aux mêmes conditions que les autres clients de son fournisseur, c'est-à-dire sans être assujetti à de quelconques « conditions de commerce anormales ». Donc, si certains clients reçoivent 100 % de leurs commandes, tous les autres ont le droit d'être traités de la même manière. Le fait d'imposer une coupure de 20 % à un client et pas à d'autres, constituerait clairement l'imposition d'une condition de commerce « anormale », selon la façon dont la condition est envisagée dans le paragraphe 75(3). Par conséquent, l'article 75 s'appliquerait et donnerait au Tribunal le pouvoir d'ordonner que l'approvisionnement soit repris selon des conditions identiques à celles dont profitent les autres clients.

Une situation de rationnement ne devrait pas entraîner le non-renouvellement de contrats d'approvisionnement sous prétexte que la situation du marché est anormale. Il faut au contraire s'assurer que les situations de marché inhabituelles ne permettent pas l'élimination d'entreprises pétrolières efficaces qui seraient privées d'approvisionnement. En conséquence, nous proposons que les mots « aux conditions de commerce normales » soient retirés du projet de loi. De la sorte, les nouvelles dispositions seraient aussi applicables dans des circonstances inhabituelles où elles pourraient s'avérer particulièrement utiles. [Pierre Crevier, Association québécoise des indépendants du pétrole, 40:15:45]

L'AQUIP souhaiterait que les termes « aux conditions de commerce normales » soient retranchés de l'article 75, ce qui « délierait les mains » du Tribunal. Celui-ci serait ainsi en mesure d'ordonner l'approvisionnement selon des conditions *autres* que les conditions de commerce « normales », à savoir de donner au fournisseur l'ordre d'accepter un client selon des conditions de commerce *anormales* et de l'approvisionner au prorata des disponibilités. Toutefois, ici encore, il importe de faire la distinction entre *conditions du marché* et *conditions de commerce.* Ce que l'AQUIP demande en fait, c'est que le Tribunal ordonne au fournisseur de continuer à l'approvisionner pendant que prévalent des *conditions anormales de marché* (une pénurie par exemple.) mais aux *mêmes conditions de commerce* (80 % de l'approvisionnement habituel, en prenant l'exemple précédent) que celles qui sont accordées aux autres clients, autrement dit sans discrimination.

Bien que le Comité ne croie pas que l'expression « conditions de commerce normales », à l'article 75, compromette l'efficacité de l'article, il reconnaît qu'il existe de cet article une autre interprétation plausible qui nous mènerait à la conclusion contraire, à savoir que l'article ne pourrait *pas* servir à interdire un rationnement discriminatoire du genre décrit par l'AQUIP (qui consiste,

pour les producteurs intégrés, à approvisionner leurs propres points de vente au détail à des conditions plus favorables que les détaillants indépendants).

Pour que l'article s'applique, l'alinéa 75(1)*d*) exige que le produit soit « disponible en quantité amplement suffisante ». Selon l'interprétation simple de cette disposition, l'article ne doit s'appliquer que quand le produit est disponible en quantité « amplement » suffisante, c'est-à-dire en quantité permettant de répondre à la demande courante. Si cette interprétation est correcte, l'article ne s'appliquera pas en période de pénurie, et le fournisseur pourra choisir d'exécuter intégralement la commande d'un client et de ne pas exécuter celle d'un autre client ou de l'exécuter en partie seulement, c'est-à-dire de faire du rationnement discriminatoire dans le but de pénaliser un détaillant indépendant non intégré.

Cette autre interprétation est également compatible avec le libellé du paragraphe 75(3). Aux yeux du profane, l'expression « quantités unitaires d'achat » peut s'entendre de la façon dont le produit est emballé pour la vente ou la livraison, par exemple, en contenants *d'un litre*, ou dans des *emballages d'expédition*, et ainsi de suite. En fait, cette interprétation serait plus plausible que l'autre. Si le Parlement, lorsqu'il a rédigé la législation, avait voulu préciser que la « quantité » est une des « conditions de commerce » visées au paragraphe 75(3), il aurait eu tout loisir de le faire. Or, il a plutôt usé de l'expression « quantités unitaires d'achat », qui ne signifie pas tout à fait la même chose que le terme « quantité ».

Si cette interprétation était la bonne, nous devrions accepter que l'article 75 n'est pas censé s'appliquer, et ne s'applique pas, lorsqu'il y a pénurie dans le marché. Si c'était le cas, tout fournisseur dénué de scrupules qui serait en position dominante dans le marché pourrait profiter de la pénurie pour promouvoir son propre réseau de vente au détail et pénaliser les détaillants indépendants en rationnant sélectivement leur approvisionnement de façon discriminatoire. Le libellé actuel de l'article porte à croire que le Parlement n'a tout simplement pas prévu que le rationnement sélectif pourrait être utilisé de cette façon; mais il se peut aussi qu'il l'ait prévu et qu'il ait estimé que le

problème serait mieux encadré par les dispositions de l'article 79, relatives à l'abus de position dominante.

Le Comité voit bien qu'il suffirait de supprimer l'alinéa 75(1)*d*) pour éliminer l'ambiguïté, mais aucun témoin n'a soulevé ce point, et nous n'avons pas eu de débat ni fait d'analyse sur les implications économiques et juridiques d'une telle modification, d'où notre hésitation à recommander une telle solution. Pour les raisons énoncées plus haut, nous croyons que l'interprétation la plus raisonnable à en faire veut qu'il s'applique quel que soit l'état du marché, y compris en temps de pénurie. Mais en définitive, on ne peut lever cette incertitude qu'au moyen d'une des trois solutions suivantes : 1) obtenir que le gouvernement modifie la *Loi* de manière à préciser l'application de l'article; 2) retenir l'interprétation judiciaire faite par le Tribunal dans le contexte d'une demande basée sur ces faits ou sur des faits similaires, ou 3) obtenir du Bureau une directive sur la façon d'interpréter cette disposition.

À n'en pas douter, la meilleure solution consiste à préciser dès maintenant l'application de l'article 75. Qui plus est, il ne serait ni juste ni équitable de demander à l'AQUIP — ou à qui que ce soit d'autre, d'ailleurs — d'assumer seul des procédures qui pourraient être longues et coûteuses à seule fin de faire préciser la loi alors que la préciser serait nettement à l'avantage de tous. Le Comité félicite l'AQUIP de lui avoir signalé cet important problème et recommande

29. Que le Bureau de la concurrence émette une directive d'interprétation précisant si l'article 75 de la *Loi* s'applique au fournisseur qui, dans un marché caractérisé par une pénurie, est en mesure de rationner sélectivement les réserves de produit dont il dispose d'une façon qui soit discriminatoire à l'endroit des détaillants indépendants.

CONCLUSION

La politique canadienne de concurrence, telle qu'énoncée dans la *Loi sur la concurrence* et mise en œuvre par le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence, est un cadre d'action moderne pour parer aux problèmes anticoncurrentiels contemporains. Bien qu'il puisse être souhaitable de la remanier légèrement, la *Loi sur la concurrence* repose globalement sur l'analyse économique moderne. De son côté, le Bureau de la concurrence peut se vanter de la clarté et de la transparence de ses lignes directrices d'application, qu'il serait toutefois utile de peaufiner. Il gère bien sa charge de travail actuelle, mais pourrait, s'il disposait de plus de ressources, veiller de plus près au respect de la *Loi.* Le Tribunal de la concurrence a établi une jurisprudence claire et bien réfléchie où les principes économiques ont la place qui leur revient, mais il y aurait lieu de rationaliser ses procédures de manière à le rendre plus expéditif et à accroître son activité, en accordant des droits privés d'action bien pensés. Voilà comment le Comité concluait son *Rapport intérimaire* Le Comité maintient ces conclusions et il y ajoute certaines précisions dans le présent rapport final.

Le Comité estime que les entreprises canadiennes profiteraient d'un climat dans lequel la prévention des complots serait une de ces première priorité. Il constate que le Bureau dispose déjà de tactiques et de stratégies bien conçues visant à dépister et à suivre les complots à l'échelle nationale et internationale, mais qu'il est gêné dans ses tentatives par une loi inefficace car elle ne tient pas assez compte dans son traitement des véritables cartels et fait trop de cas des alliances stratégiques compatibles avec un climat concurrentiel. Le Comité recommande donc que la *Loi sur la concurrence* soit modifiée pour devenir une loi anti-complot à deux volets. Les cartels seraient poursuivis plus vigoureusement à l'aide de mesures pénales plus strictes et les alliances stratégiques feraient l'objet de mesures législatives au civil plus raisonnables par la voie d'un nouvel article. En vertu des dispositions criminelles existantes, il faudrait abandonner le terme « indûment » pour éliminer la nécessité d'intenter des poursuites vaines et non

pertinentes pour raisons économiques. Parallèlement, des moyens de protéger les gains d'efficience seraient créées, ce qui renverserait le fardeau de la preuve, de manière à garder distincts les deux volets. Et l'on créerait un système volontaire de pré-autorisation des alliances stratégiques, qui permettrait au secteur des affaires de mieux s'orienter dès le départ et de ne pas risquer des sanctions pénales. L'effet décourageant de la législation sur les entreprises s'en trouverait atténué.

Pour que la priorité soit de nouveau donnée aux complots plutôt qu'aux fusions, comme le Parlement en avait l'intention à l'origine, en 1986, le Comité recommande que davantage de ressources soient affectées au Bureau de la concurrence et que le seuil de revenu brut annuel provenant des ventes à partir duquel il faut aviser d'une fusion soit porté de 35 à 50 millions de dollars. Le Comité recommande également de modifier la *Loi sur la concurrence* pour qu'elle prévoie des réévaluations quinquennales automatiques, par le Parlement, de tous ces seuils. Qui plus est, il recommande que soit accordé un droit d'action privé englobant l'abus de position dominante et un élargissement des réparations, pour ceux ayant subi un préjudice du fait d'agissements susceptibles d'examen comme une vente exclusive, une vente liée, une restriction de marché, un refus de vendre ou un abus de position dominante, de manière à prévoir des dommages et intérêts et des sanctions et, de ce fait, à encourager l'application de la *Loi* à titre privé, en plus de l'application de cette dernière par les pouvoirs publics.

Le Comité présente un certain nombre de recommandations visant à simplifier les procédures suivies par le Tribunal de la concurrence pour régler les litiges, en lui conférant surtout le pouvoir de régler les cas d'abus de position dominante et d'imposer des dommages et intérêts et des sanctions pécuniaires lorsque la personne incriminée est reconnue coupable. Ces sanctions sans limite permettront de mieux équilibrer les mesures visant à décourager les agissements abusifs et devraient, idéalement, alléger la charge de travail du Bureau et du Tribunal. De ce fait et par suite du pouvoir général que devrait obtenir le Tribunal de délivrer promptement des ordonnances de cesser et de s'abstenir, prévu par le projet de loi C-23, les actuelles dispositions visant les transporteurs aériens deviendront redondantes. Il sera ainsi

possible de les abolir pour que la *Loi sur la concurrence* redevienne une loi d'application générale.

Le Comité recommande également la suppression de la mention « contrôlent sensiblement ou complètement » contenue dans l'article de la *Loi* visant l'abus de position dominante. Cette dernière disposition serait ainsi plus conforme au concept de puissance du marché, celui-ci ayant évolué au fil des interprétations juridiques et à la lumière des autres articles de la *Loi.* Cette modification, ainsi que le nouveau pouvoir du Tribunal de la concurrence d'évaluer les sanctions pécuniaires en cas d'abus de position dominante, appuieraient la dépénalisation de certaines pratiques anticoncurrentielles d'établissement de prix (prix d'éviction, maintien des prix sur l'axe vertical et discrimination par les prix), conformément à la pensée économique contemporaine. Il serait possible de conserver des mesures pénales pour les cas où ces agissements constitueraient un abus de position dominante, tout en réduisant, à défaut de l'éliminer, l'effet paralysant qu'elles ont sur les applications favorables à la concurrence de ces pratiques.

Pour ce qui est de l'examen des fusions, le Comité recommande l'établissement d'un groupe de travail autonome constitué d'experts et chargé d'étudier le rôle que les gains d'efficience devraient jouer dans tous les articles de la *Loi* qui prévoient un examen au civil. En ce qui concerne le refus de vendre, il préconise que le Bureau de la concurrence publie une directive d'interprétation précisant si l'article 75 s'appliquerait à un fournisseur qui, dans un marché touché par une pénurie, déciderait de rationner sélectivement le produit dont il dispose de manière à exercer une discrimination contre les détaillants indépendants.

À la lumière des changements recommandés, le Bureau de la concurrence doit s'engager à reformuler ses lignes directrices sur l'application des dispositions relatives aux alliances stratégiques, à l'examen des fusions et à l'abus de position dominante et, tout particulièrement, à y inclure les prix d'éviction, le maintien des prix sur l'axe vertical et les pratiques de discrimination par les prix.

Enfin, le Comité est convaincu que ces recommandations reflètent les témoignages des spécialistes qu'il a entendus. Ces témoignages ont été complets et approfondis. Un consensus a été atteint sur la plupart des questions, si bien qu'il a été possible de formuler des recommandations précises et concrètes. Lorsque aucun consensus n'a pu être dégagé rapidement, le Comité a recommandé une poursuite de l'étude. Aussi estimons-nous que le présent document pourrait servir de plan directeur pour un livre blanc du gouvernement sur la politique de concurrence au Canada et pour la prochaine vague de modifications à la *Loi sur la concurrence.*

ANNEXE A
TÉMOINS

Associations et particuliers	Date	Réunion
À titre individuel	04/12/2001	59
George Addy, avocat, Osler, Hoskin et Harcourt		
A. Neil Campbell, avocat, McMillan Binch		
Jeffrey Church, professeur, Université de Calgary		
Paul Crampton, avocat, Davies Ward Phillips & Vineberg		
Calvin Goldman, avocat, Davies, Ward & Beck		
Lawson Hunter, avocat, Stikeman Elliott		
Tim Kennish, avocat, Osler, Hoskin & Harcourt		
Donald McFetridge, professeur, « Carleton University »		
John Quinn, avocat, Blakes, Cassels & Graydon		
Thomas Ross, professeur, Université de la Colombie-Britannique		
Robert Russell, avocat, Borden Ladner Gervais		
Margaret Sanderson, vice-présidente, Associés Charles River		
John Scott, président, Fédération canadienne des épiciers indépendants		
John Sotos, avocat, Associés Sotos		
Roger Ware, professeur, université de Queen		
Douglas West, professeur, Université d'Alberta		
Stanley Wong, avocat, « Davis and Company »		
Ministère de l'Industrie	31/01/2002	64
Gaston Jorré, commissaire de la concurrence intérimaire		
André Lafond, sous-commissaire de la concurrence, Direction générale des affaires civiles		
R.W. McCrone, sous-commissaire adjoint de la concurrence, Direction générale des affaires criminelles		

Associations et particuliers	Date	Réunion
À titre individuel	05/02/2002	65
Paul Crampton, avocat, Davies Ward Phillips & Vineberg		
Tim Kennish, avocat, Osler, Hoskin & Harcourt		
John Rook, avocat, Osler, Hoskin & Harcourt		
Robert Russell, avocat, Borden Ladner Gervais		
Roger Ware, professeur, université de Queen		
Stanley Wong, avocat, « Davis and Company »		

DEMANDE DE RÉPONSE DU GOUVERNEMENT

Conformément à l'article 109 du Règlement, le Comité prie le gouvernement de déposer une réponse complète à ce rapport au plus tard cent cinquante (150) jours suivant sa présentation.

Un exemplaire des Procès-verbaux du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie (*séances n^{os} 59, 64 et 65 qui comprend le présent rapport*) est déposé.

Respectueusement soumis,

Le président,

Walt Lastewka, député
St. Catharines

Opinion complémentaire — Le régime de concurrence du Canada

Parti de l'Alliance canadienne
Charlie Penson
James Rajotte

Au cours des deux dernières années, le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie a étudié à fond la *Loi sur la concurrence*, y compris plusieurs projets de loi d'initiative parlementaire, le rapport VanDuzer, son propre rapport provisoire de juin 2001 et le projet de loi C-23. Et voici qu'il publie son rapport. L'Alliance canadienne salue le travail des membres du Comité permanent ainsi que le soin qu'ils ont mis à étudier la politique de concurrence au Canada.

Pendant les audiences du Comité, les membres de l'Alliance canadienne n'ont cessé de soutenir que les intérêts des consommateurs et des producteurs canadiens étaient mieux servis non pas par un tribunal ou l'intervention du gouvernement dans le marché, mais par une concurrence authentique entre les entreprises. L'objectif de la politique de concurrence devrait être non pas de protéger les concurrents, mais de faciliter la concurrence.

Tout en appuyant en gros ce rapport, l'Alliance canadienne tient à exprimer son désaccord avec les recommandations des chapitres 1, 3 et 8.

Chapitre 1 : Le droit de la concurrence ne peut pas remplacer la concurrence

Le chapitre 1 recommande que le Bureau de la concurrence fasse des crimes liés au complot contre la concurrence (fixation des prix) l'une de ses grandes priorités. Il appuie également l'idée qu'il ne devrait pas y avoir dans la loi cadre de dispositions spéciales pour telle ou telle industrie.

Selon l'Alliance canadienne, l'idée de réglementer le marché, thème sous-jacent au chapitre 1, est foncièrement mauvaise. La politique de manipulation du droit de la concurrence et de réglementation du marché pratiquée par le Parti libéral ne saurait remplacer un environnement favorable aux affaires.

Le rapport reconnaît l'effet de création de monopoles de politiques gouvernementales, comme les règles en matière de propriété étrangère, qui font obstacle à l'entrée dans les secteurs du transport aérien et de la librairie de détail. La petitesse de notre marché intérieur et l'immensité de notre territoire sont habituellement invoquées pour justifier la réglementation, mais l'Alliance canadienne croit que ces problèmes sont aggravés par la politique industrielle du gouvernement libéral. Il y a trop de secteurs dans l'économie canadienne qui échappent aux forces du marché comme les télécommunications, la

commercialisation du blé et les transports. Il vaut beaucoup mieux assurer à un grand nombre de concurrents un climat commercial et un régime fiscal favorables que d'en réglementer un petit nombre.

L'intervention directe de l'État dans ces secteurs a entraîné une réduction de la concurrence. Les Libéraux réagissent non pas en allégeant la réglementation, mais en modifiant la *Loi sur la concurrence*. Cette approche compromet le droit de la concurrence et ne facilite pas la concurrence. Par exemple, le gouvernement a modifié la *Loi sur la concurrence* pour réglementer l'industrie aérienne au moyen de pouvoirs d'interdiction, de sanctions pécuniaires et d'un arbitre des plaintes des consommateurs. Or, tous ces changements ne sauraient discipliner Air Canada comme le ferait un marché concurrentiel. En outre, une loi cadre comme la *Loi sur la concurrence* n'est pas un bon moyen de réglementer l'industrie.

Il y en a qui croient qu'il faut protéger certaines industries contre la propriété ou l'ingérence étrangère, mais à quel prix pour le consommateur canadien? Le Programme énergétique national n'avait aucun sens pour l'industrie pétrolière canadienne et l'Alliance canadienne estime que la propriété canadienne obligatoire n'est pas avantageuse pour d'autres industries. Même si on pouvait corriger complètement la situation au moyen de la *Loi sur la concurrence*, ce qui est douteux, il en coûterait certainement plus cher que de laisser le marché arriver au même résultat.

Ces dernières années, le Commissaire à la concurrence a approuvé des fusions de grande envergure dans les secteurs du transport aérien et de la librairie de détail sous réserve que certains actifs soient vendus. Dans les deux cas, les délais ont expiré sans que des acheteurs se manifestent à cause des règles gouvernementales en matière de propriété nationale. Il en a résulté que, dans les deux secteurs, le monopole s'est concentré et le choix du consommateur s'est rétréci.

L'Alliance canadienne recommande donc :

Que le gouvernement libéral et le ministre de l'Industrie fasse de la concurrence entre les entreprises l'une de ses grandes priorités en faisant un effort concerté pour réduire la réglementation et l'intervention gouvernementale dans le marché.

Chapitre 3 — Les lenteurs du Tribunal de la concurrence

Le chapitre 3 tente d'apporter des solutions aux difficultés du Tribunal de la concurrence. L'Alliance canadienne attire l'attention sur les retards indus qu'il met à rendre ses décisions finales. Le recours en abus de position dominante engagé contre Air Canada par WestJet et la société Canada 3000 (CanJet) aujourd'hui liquidée est certainement un cas où justice différée équivaut à justice refusée. Alors que cette

affaire va déterminer en partie l'avenir de l'industrie aérienne canadienne, Air Canada a réussi à obtenir du tribunal deux ajournements de six mois. À l'heure actuelle, l'affaire doit être reprise à l'automne 2002, soit deux années entières après que le solde de places d'Air Canada en litige a eu lieu.

L'Alliance canadienne trouve ces développements très préoccupants. Non seulement Air Canada n'a toujours pas rendu compte de ses actions, mais la clarté dont on a tant besoin dans les règles de la concurrence doit encore se faire attendre. L'ambiguïté qui continue de régner décourage l'entrée de concurrents dans l'industrie. À cause des lenteurs du processus, il est très difficile d'inciter les gens à investir dans de nouveaux transporteurs aériens de passagers.

L'Alliance canadienne recommande donc :

Que le Bureau de la concurrence augmente ses efforts pour entendre en temps utile les causes dont il est saisi.

Chapitre 8 — Intégration verticale de la vente au détail de pétrole et d'essence

Le chapitre 8 est particulièrement gênant parce que les experts convoqués dans le cadre de la préparation de ce rapport n'ont pas évoqué la relation entre les sociétés verticalement intégrées et leurs détaillants indépendants. En fait, ce chapitre est essentiellement fondé sur le point de vue d'une association et sur le témoignage qu'elle a rendu en octobre 2001 lorsqu'elle a comparu devant le Comité avant l'étude du projet de loi C-23.

L'inclusion de cette question dans le rapport du Comité met en relief la tendance du gouvernement libéral à politiser le droit et la politique de concurrence.

Selon les députés qui représentent l'Alliance canadienne au sein du Comité, la recommandation portant de clarifier les lignes directrices du Bureau concernant l'article 75 n'est pas constructive. Il y a des cas où les méthodes de répartition en cas de pénurie s'imposent et les détaillants ne devraient pas pouvoir utiliser l'accès privé pour optimiser leurs contrats. L'Alliance canadienne croit que la *Loi sur la concurrence* ne devrait pas interférer avec le droit des contrats et qu'il vaudrait mieux traiter les plaintes de ce genre aux termes de l'article 79 (abus de position dominante).

Opinion dissidente du NPD

Bev Desjarlais, députée de Churchill et porte-parole du NPD en matière d'industrie

Introduction

Le rapport majoritaire concerne exclusivement la rectification de l'actuelle législation sur la concurrence et il contient des recommandations à ce sujet. Toutefois, le Comité a négligé de reconnaître que cette législation, si importante soit-elle, ne constitue pas à elle seule l'alpha et l'oméga de la politique de concurrence.

Établi selon une optique étroite, le rapport majoritaire ne traite pas des effets que peuvent avoir les autres politiques gouvernementales sur le cadre général de la concurrence au Canada. Les mesures de replâtrage qu'il recommande n'auront guère de conséquences si rien n'est fait pour modifier les grandes politiques publiques qui contrecarrent la concurrence.

Les avantages sociaux des marchés concurrentiels

Soulignons d'abord que le NPD favorise l'établissement d'un marché concurrentiel, lequel en lui-même constitue un bien social essentiel. L'histoire du XX^{e} siècle a démontré sans l'ombre d'un doute que l'économie fondée sur un marché concurrentiel, plus que toute autre formule à tendance contraire, procure aux gens une vie meilleure, plus prospère, plus aisée et plus épanouissante. Le marché concurrentiel maximise la prospérité en favorisant l'esprit d'entreprise et l'efficience, et en offrant aux consommateurs un choix plus vaste.

Le Parti libéral et les autres partis de droite ne cessent de parler des avantages de l'économie de marché. Malheureusement, ces paroles ne sont rien d'autre qu'un écran de fumée derrière lequel se dissimulent des politiques qui faussent les marchés et favorisent les monopoles, au détriment de la concurrence.

La concurrence parfaite

Il devrait être inutile de dire que la concurrence est le fondement de tout marché fonctionnant correctement. Les économistes mesurent la compétitivité des marchés au regard d'un modèle idéal de concurrence parfaite. Une concurrence parfaite supposerait : 1) que les acheteurs et les vendeurs disposent de tous les renseignements dont ils ont besoin pour faire des choix éclairés; 2) que le nombre

d'acheteurs et de vendeurs soit suffisant pour empêcher qu'un seul acteur influence le marché; 3) que les produits soient homogènes; 4) qu'il n'existe pas d'obstacles à l'accès aux marchés; et 5) que les facteurs de production soient parfaitement mobiles.

Éliminer la distorsion

Dans la vie réelle, aucun marché ne réunit les conditions idéales d'une concurrence parfaite. Tout facteur qui joue à l'encontre de l'une des cinq hypothèses ci-dessus entraîne une distorsion. Moins il y a de distorsions dans un marché, plus ses retombées profitent à la société. Inversement, lorsque les marchés sont faussés, les avantages de la concurrence s'en trouvent réduits ou annulés. Par conséquent, l'objet de la politique de concurrence de notre gouvernement devrait être d'éliminer ou d'atténuer les distorsions.

La réglementation comme outil de lutte contre la distorsion, ou comment la droite fausse la concurrence

La droite politique a créé au sujet des marchés une fausse mythologie, qui consiste à dire que toute réglementation gouvernementale est par définition synonyme de distorsion. Il s'ensuit que le fait de retrancher un règlement équivaut à supprimer une distorsion et à rapprocher la situation du marché de la concurrence parfaite. Le gouvernement libéral utilise cette idéologie pour justifier toutes les déréglementations possibles.

Le problème de ce raisonnement est que la réglementation n'équivaut pas, par définition, à une distorsion du marché. Cela arrive parfois, mais la plupart des règlements ont pour effet réel de promouvoir la concurrence en réduisant les distorsions et donc en rendant les marchés plus concurrentiels. La raison en est que, dans le monde réel, les distorsions sont inhérentes aux marchés. Une bonne réglementation peut les éliminer ou les atténuer et rendre les marchés plus concurrentiels.

La vie réelle face à l'idéologie, ou les échecs répétés de la déréglementation

Faute d'une réglementation suffisante pour éliminer ou atténuer les distorsions, de nombreux marchés deviennent inévitablement, dans une mesure plus ou moins grande, anticoncurrentiels et inefficients, tout en offrant moins de choix au consommateur. Les types de marché qui sont susceptibles d'être ainsi affectés sont ceux qui, structurellement, sont les plus éloignés de l'idéal de la concurrence parfaite. Plus le marché comporte de distorsions dans son état non réglementé, plus il est anticoncurrentiel en l'absence de réglementation corrective.

D'après notre expérience de la déréglementation en Amérique du Nord, les marchés dans lesquels il existe de lourds obstacles à l'accès et un nombre limité de vendeurs sont ceux qui connaissent le plus grand nombre d'échecs au moment d'une déréglementation. Citons comme exemple le transport aérien, l'électricité et les soins de santé.

L'industrie canadienne du transport aérien est un exemple frappant de secteur où la déréglementation par le gouvernement a accentué les distorsions et entraîné le monopole d'une seule ligne aérienne. Pourquoi? Parce que, structurellement, cette industrie est très éloignée de l'idéal de concurrence parfaite qui, faute de règlements correctifs, tend rapidement à l'élimination de la concurrence. Les obstacles à l'accès y sont énormes et le nombre de vendeurs est beaucoup trop faible pour empêcher la manipulation. Pour le consommateur, la déréglementation a abouti à une élimination du choix et à des tarifs plus élevés, c'est-à-dire le contraire de ce que le gouvernement avait promis lorsqu'il a déréglementé l'industrie.

Les secteurs de l'électricité et de la santé ont connu des résultats négatifs comparables. Les gouvernements qui ont déréglementé les marchés de l'électricité, comme ceux de la Californie et de l'Alberta, ont assisté à une manipulation monopolistique des prix et, dans le cas de la Californie, à une manipulation délibérée des approvisionnements énergétiques, qui a entraîné des coupures d'électricité.

Le système de soins de santé américain, censément fondé sur la liberté du marché, est en fait notoirement moins efficient que le système canadien, fortement réglementé. De plus, le système américain comporte une forte intrusion dans les décisions médicales personnelles. Les assureurs privés trouvent souvent à redire sur les traitements choisis et empêchent les patients américains de changer de médecin. Aussi, le système de santé très réglementé du Canada réussit-il mieux à offrir les avantages de la concurrence (plus d'efficience et de choix) que le régime américain, moins réglementé.

Lorsqu'ils sont confrontés aux échecs de leur mythologie dans la vie réelle, le gouvernement fédéral et les autres entités de la droite politique répondent par une tautologie qui sert leurs desseins. Chaque fois que la déréglementation échoue, ils affirment simplement qu'ils n'ont pas assez déréglementé et se servent de cet argument pour justifier une déréglementation encore plus poussée, qui fausse le marché davantage. Ce refus ou cette inaptitude à se rendre compte du moment où la dure réalité contredit la théorie est un comportement idéologique classique.

Comment la réglementation favorise la concurrence

Tous les marchés comportent des distorsions inhérentes qui réduisent ou annulent les avantages de la concurrence. Les économistes reconnaissent que la concurrence parfaite est un idéal impossible à atteindre. La réglementation favorise la concurrence en éliminant ou en réduisant les distorsions des marchés.

Il suffit de se rendre dans un magasin d'alimentation pour constater que la réglementation élimine la distorsion. Le gouvernement impose des règlements d'étiquetage très sévères pour la plupart des produits alimentaires, afin que les consommateurs puissent disposer des renseignements nécessaires sur les facteurs nutritionnels et le prix par unité de chaque article. Or, l'information du consommateur constitue l'une des conditions de la concurrence parfaite. Ces règlements éliminent donc une distorsion et aident le marché à mieux fonctionner. Le monde est plein d'exemples analogues de règlements qui accélèrent les échanges, comme les ceux sur les poids et mesures ou encore les normes et les règles d'étiquetage applicables à d'autres produits, par exemple les textiles et les biens de consommation durables.

Les règlements peuvent également atténuer les distorsions en réduisant leurs effets nocifs sur la concurrence. Revenons à l'exemple de l'industrie aérienne. Aucun règlement ne pourra supprimer les obstacles à l'accès que sont les coûts prohibitifs de démarrage et les limites imposées par les infrastructures d'appui, comme les aéroports et les ressources consacrées au contrôle de la circulation aérienne. Toutefois, des règlements plus efficaces, qui empêcheraient la société en position de monopole, en l'occurrence Air Canada, d'utiliser sa position dominante pour éliminer systématiquement toute concurrence, pourraient au moins atténuer ces distorsions inhérentes.

Le Nouveau Parti démocratique : Une nouvelle vision de la concurrence

Les néo-démocrates du Canada proposent une nouvelle approche de la politique de concurrence, qui commence par l'affirmation que le gouvernement a un rôle positif à jouer dans la promotion de la concurrence, en éliminant et en atténuant les distorsions du marché. Cela signifierait que l'on abandonne la mythologie dominante, selon laquelle une réglementation de l'État entraîne automatiquement des distorsions.

S'il est vrai que le NPD ne s'oppose pas aux changements mineurs préconisés dans le rapport majoritaire, il considère néanmoins ces mesures comme insuffisantes, à cause de l'étroitesse du point de vue dont elle découlent. Le document n'aborde pas, par exemple, le rôle que les droits des consommateurs jouent dans la politique de concurrence. Tout marché concurrentiel sain suppose nécessairement des consommateurs bien informés. C'est une autre condition de la concurrence parfaite. Pourtant, le gouvernement libéral continue de faire fi des demandes croissantes du public pour que davantage de renseignements figurent sur les étiquettes des produits de consommation.

Les néo-démocrates sont depuis longtemps aux premières lignes des campagnes qui réclament l'étiquetage obligatoire des aliments génétiquement modifiés et la modification de la *Loi sur l'étiquetage des textiles* de manière à ce que les consommateurs canadiens sachent si les vêtements qu'ils achètent ont été produits par des enfants travailleurs dans le tiers monde. En refusant de mettre ces données à la

disposition des consommateurs, le gouvernement libéral soutient délibérément les distorsions créées par le manque d'information. Ce faisant, il contredit son affirmation de soutien en faveur du marché concurrentiel et laisse voir ses intentions réelles, à savoir protéger les sociétés qui occupent actuellement une position dominante sur le marché, au détriment des nouveaux entrepreneurs et des concurrents qui offriraient au public un meilleur choix.

L'étiquetage n'est qu'un exemple de la façon dont l'antipathie du gouvernement libéral pour la réglementation, une antipathie issue de son idéologie, réduit la concurrence et le choix. On pourrait aussi citer son empressement à déréglementer des industries, comme celle des transports aériens, qui comportent des distorsions structurelles majeures et qui exigent une réglementation pour empêcher les monopoles naturels de s'installer. Le résultat de cette tendance à « tout déréglementer » est une concurrence moindre et donc de l'inefficience, un choix moindre et des prix plus élevés pour les consommateurs. Les seules à y gagner sont les sociétés qui dominent déjà le marché et qui peuvent librement profiter de leur emprise. Les perdants sont les consommateurs, les entreprises plus petites et plus récentes, les entrepreneurs et la société en général, qui y perdent les avantages d'une économie dynamique et novatrice auxquels ils devraient pouvoir s'attendre.

Lorsque le NPD remet en cause le refus idéologique du gouvernement libéral de promouvoir la concurrence dans l'économie, celui-ci lui répond généralement par des accusations non fondées, selon lesquelles le NPD serait l'ennemi du commerce et de l'entreprise. Rien n'est plus loin de la vérité. Nous ne réclamons pas une intervention massive du gouvernement dans l'économie, mais bien une méthode équilibrée axée sur la promotion de marchés concurrentiels sains. De fait, les véritables ennemis de l'entreprise sont les politiques anticoncurrentielles du gouvernement qui favorisent et protègent les monopoles inefficients, trompent les consommateurs et chassent l'innovation de l'économie en bloquant la concurrence émanant des entreprises plus récentes, plus petites et plus dynamiques.

PROCÈS-VERBAL

Le lundi 9 avril 2002
(*Séance n° 74*)

Le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie se réunit aujourd'hui à huis clos, à 9 h 15, dans la salle 308 de l'édifice de l'ouest, sous la présidence de Walt Lastewka, président.

Membres du Comité présents: Larry Bagnell, Stéphane Bergeron, Walt Lastewka, Serge Marcil, Dan McTeague, James Rajotte, Andy Savoy et Paddy Torsney.

Membre substitut présent: Cheryl Gallant pour Charlie Penson.

Aussi présent: De la Bibliothèque du Parlement: Dan Shaw et Geoffrey P. Kieley, attachés de recherche.

Conformément au mandat que lui confère l'article 108(2), le comité poursuit son étude de la Loi et politiques sur la concurrence *(Voir le procès-verbal du mardi 4 décembre 2001, séance n° 59).*

Il est convenu, — Que, conformément à l'article 109 du Règlement, le Comité demande que le gouvernement dépose une réponse globale à son rapport dans les cent-cinquante (150) jours.

Il est convenu, — Que le président soit autorisé à apporter, au besoin, des corrections d'ordre typographique ou des révisions sans modifier la substance du projet de rapport à la Chambre.

Il est convenu, — Que le projet de rapport (tel que modifié) soit adopté.

ORDONNÉ, — Que le président dépose le rapport (tel que modifié) à la Chambre dans les plus brefs délais.

Il est convenu, — Qu'en surplus des 550 exemplaires imprimés par la Chambre, 1000 exemplaires du rapport soient imprimés en format tête-bêche.

Il est convenu, — Qu'un communiqué de presse soit émit.

Il est convenu, — Qu'une conférence de presse ait lieu suite à la présentation du rapport.

Il est convenu, — Que le Comité exprime son appréciation pour le professionnalisme et l'excellent travail de Daniel Shaw et Geoffrey Kieley, attachés de recherche,

Bibliothèque du Parlement et de Normand Radford, greffier, Direction des Comités.

À 11 h 00, le Comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

Le greffier du comité

Normand Radford